

Tilburg University

Arbeidsrecht voor de spiegel

Hendrickx, F.H.R.

Published in:

Revue de Droit Social (RDS) = Tijdschrift voor Sociaal Recht (TRS)

Publication date:

2010

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Hendrickx, F. H. R. (2010). Arbeidsrecht voor de spiegel. *Revue de Droit Social (RDS) = Tijdschrift voor Sociaal Recht (TRS)*, 2010(3), 3-59.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ARBEIDSRECHT VOOR DE SPIEGEL

Prof. Dr. Frank HENDRICKX,
Rechtsgeleerdheid, K.U.Leuven

INHOUD

I. VOOR DE SPIEGEL	6
II. HET AANGELEERDE ARBEIDSRECHT	8
III. DE WETENSCHAPPELIJKE BEOEFENING VAN HET ARBEIDSRECHT	11
1. INTERDISCIPLINAIR ARBEIDSRECHT	12
2. RESPONSIEF ARBEIDSRECHT	13
3. FUNDAMENTEEL ARBEIDSRECHT	14
4. VERGELIJKEND ARBEIDSRECHT	15
5. TRANSNATIONAAL ARBEIDSRECHT	16
IV. DE UITDAGINGEN VOOR HET ARBEIDSRECHT	16
1. DE DRIEHOEK WERK-WERKER-OVERHEID	17
2. DE AFNEMENDE ROL VAN DE NATIESTAAT	19
3. DE AFNEMENDE ROL VAN 'HET COLLECTIEVE'	19
V. EUROPA ALS OPLOSSING EN OPGAVE	21
1. SOCIALE DUMPING	21
2. FLEXIBILISERING	25
3. VOORUITZICHTEN VAN HET EUROPESE ARBEIDSRECHT	27
VI. DE GRONDSLAGEN VAN HET ARBEIDSRECHT	30
1. MENSELIJKE WAARDIGHEID	31
1.1. Labour is not a commodity	31
1.2. But also a commodity	33
1.3. De stap van en naar menselijke waardigheid	35
2. SOCIALE RECHTVAARDIGHEID	37
3. DE MARKTECONOMIE	40
4. SOCIALE POLITIEK	42
VII. DE FUNCTIES VAN HET ARBEIDSRECHT	43
1. ORDENINGSFUNCTIE	44
2. WELZIJSFUNCTIE	48
3. INTEGRATIEVE FUNCTIE	52
4. INTERMEDIAIRE FUNCTIE	53
VIII. BESLUIT	57

I. VOOR DE SPIEGEL

Deze bijdrage bevat de geschreven versie van de *inaugurale rede* die ik op 12 januari 2010 aan de Leuvense rechtsfaculteit heb gehouden ter gelegenheid van het betrekken van de leerstoel Arbeidsrecht. De oratie kadert in een herboren traditie van de Leuvense faculteit. Sedert enkele jaren heeft deze faculteit de traditie van de 'inaugurale redes' immers heropgenomen. De toespraak zelf diende, zoals het huidige gebruik het wil, beperkt te blijven tot een bestek van een half uur. De voorliggende tekst is dan ook geen letterlijke weergave, maar een geschreven neerslag van het onderzoek dat aan de uiteenzetting ten grondslag lag.

De inaugurale rede hebben volgens de Leuvense facultaire onderrichtingen betrekking op "een algemeen fundamenteel vraagstuk van, of in verband met, de opdracht". Ik heb ervoor gekozen om mij te verdiepen in het actuele en fundamentele debat over de toekomst en de modernisering van het arbeidsrecht. Omdat het woord 'modernisering' wel eens wordt afgedaan als een 'modewoord', gebruik ik het beeld van de spiegel. Daarmee wordt niet ontkend dat het arbeidsrecht niet modebewust zou mogen zijn, integendeel. Maar een spiegel geeft aanleiding tot reflectie en staat symbool voor de vrije en persoonlijke weergave die deze tekst wil opwerpen in het wetenschappelijke debat.

In de rechtswetenschap geldt er een steeds groter debat over methode. Men kan zich afvragen of er een juiste methode is voor een inaugurale rede zoals deze. Als onderdeel van het antwoord hierop, wordt uitgegaan van een 'methodenpluralisme' (1) en daarin een zekere vrijheid genomen. Deze bijdrage is niet positief(rechtelijk), maar wel beschouwend of reflexief van aard. Het zal ook duidelijk worden dat – vermoedelijk uit de aard ervan – de argumentatieve techniek van de rechtswetenschap aan deze bijdrage niet vreemd is en, mogelijk paradoxaal genoeg, de vraag naar de arbeidsrechtelijke methode zelf ook voorwerp uitmaakt van de gedane reflectie (2).

(1) Methodenpluralisme impliceert dat verschillende waardevolle methoden worden erkend. Zie M. BARENDRECHT, J. VRANKEN, I. GIESEN, M. BORGER, W. VAN DER BURG, H. TIJSEN, B. VAN ROERMUND en W. VAN BOOM, "Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?", *NJB* 2004, 1422.

(2) Wat bronnenmateriaal betreft, wordt voornamelijk teruggegrepen naar rechtsleer. In dit licht, en ons inziens in een oratie niet onlogisch, werd hier en daar ook naar eigen werk teruggegrepen. Vooral kunnen worden genoemd: F. HENDRICKX, "De arbeidsovereenkomst: een burgerlijke en sociale verbintenis" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 63-83; F. HENDRICKX, "Enkele reflecties op de komst van het arbeidsrecht uit Europa" in A.T.J.M. JACOBS en F.J.L. PENNING (eds.), *Een inspirerende fase in het sociaal recht. Liber Amicorum prof. mr. Wil Fase*, Zutphen, Paris, 2007, 265-274; F. HENDRICKX, "Arbeidsrecht en vrij dienstenverkeer: een stand van zaken na

In dit opstel staat het arbeidsrecht voor de spiegel. Een spiegel is een voorwerp dat door terugkaatsing beelden vormt van de voorwerpen die zich ertegenover bevinden (3). Het verschaft een manier om naar zichzelf te kijken en om, zowel letterlijk als figuurlijk, aan zelfreflectie te doen. Een spiegel nodigt uit tot kijken, keuren en eventueel aanzetten tot verandering. In de spiegel kijken, betekent ook reflecteren over het eigen handelen of de eigen identiteit. Dit is wat hieronder ten aanzien van het arbeidsrecht beoogd wordt.

Sinds enige tijd richt het arbeidsrecht zich op existentiële vragen, zoals: wat is de toekomst van het arbeidsrecht? Wordt het arbeidsrecht bedreigd door de deregulerende aanspraken van de vrije markt? Moet het arbeidsrecht flexibeler worden? Kan het nationale arbeidsrecht overleven? Sommige van deze kwesties zijn al langer dan vandaag aan de orde. Maar dit grote bevragen en herdenken van het arbeidsrecht, komt steeds meer op de voorgrond en dit onder noemers zoals de 'modernisering van het arbeidsrecht' (4), de 'grenzen van het arbeidsrecht' (5), of de 'toekomst van het arbeidsrecht' (6). Het gaat om verschillende metaforen om het debat aan te duiden waarmee de arbeidsrechtelijke doctrine wereldwijd bezig is (7). In de Europese Unie wordt dit debat geïllustreerd door het Groenboek van de Europese Commissie over de Modernisering van het Arbeidsrecht (2006) (8). In november 2006 lanceerde de Europese Commissie via dit groenboek een publiek debat over de nood aan modernisering van het arbeidsrecht (9). Dit initiatief gold om ook met het arbeidsrecht de uitdagingen van de 21ste eeuw tegemoet te gaan en het in het licht te stellen van *flexicurity* (flexizekerheid). Het getuigt dat ook in Europa de idee leeft om het arbeidsrecht te moderniseren.

de Dienstenrichtlijn", *ArA* 2007, 43-83; F. HENDRICKX, "Het collectieve arbeidsrecht: Een toekomst in Europa" in F. HENDRICKX, M. VAN PUTTEN, W. VANDEPUTTE en A. RAHME (eds.), *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber Amicorum Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 43-67.

- (3) Cf. Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal, 14de editie 2005, trefwoord 'spiegel', eerste betekenis.
- (4) *European Commission's Green Paper on Modernising Labour Law* (2006), COM(2006)708final, 22 november 2006.
- (5) Cf. G. DAVIDOV en B. LANGILLE (eds.), *Boundaries and frontiers of labour law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 413 p.
- (6) Cf. C. BARNARD, S. DEAKIN en G. MORRIS (eds.), *The future of labour law. Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 320 p.; J.D. CRAIG en S.M. LYNK (eds.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 498 p.
- (7) Cf. S. SCIARRA, "Modernization of labour law: a current European debate", Public lecture at the ILO, International Institute for Labour Studies, Geneva, March 2007, p. 4 (available at www.ilo.org).
- (8) COM(2006)708final, 22 november 2006.
- (9) Cf. F. HENDRICKX en M. VAN PUTTEN, "Verslag van het discussieforum betreffende het Groenboek Modernisering Arbeidsrecht", *Or.* 2007, 88-99.

Reflecteren over het arbeidsrecht gebeurt – hier althans – niet zonder meer. Een ambitie is om in deze bijdrage iets verder te gaan dan een reeks losse beschouwingen, met name door nader te duiden welke de achterliggende problematiek is in de arbeidsrechtelijke discussie. Men zou kunnen stellen dat daarbij de probleemstelling verscherpt wordt en dus nader geduid wordt waarom de toekomstvragen over het arbeidsrecht rijzen. Dit is evenwel nog niet de primaire doelstelling. Van daaruit zal immers bekeken worden in welke mate in het moderniseringsdebat, waarin de toekomst van het arbeidsrecht aan de orde is, het zelfbewustzijn en de grondslagen van het arbeidsrecht nader kunnen worden geduid of aangewezen. Het is door de (her-)ontdekking van de grondslagen van het arbeidsrecht dat de toekomstvraag over het arbeidsrecht met vertrouwen kan tegemoet gegaan worden. De daarbij geldende propositie is dat het arbeidsrecht veel meer is dan een hinderpaal voor een flexibele of niet-rigide marktomgeving, en vanuit zijn grondslagen opnieuw zijn functies kan en moet waarmaken. Dat mag in een gemoderniseerde context. Om deze reflectie en onderbouwing in een juiste context te plaatsen, wordt het nodig geacht eerst kort in te gaan op enkele begripsvormingen en methoden in het arbeidsrecht.

II. HET AANGELEERDE ARBEIDSRECHT

Arbeidsrecht wordt doorgaans gedefinieerd als het recht dat van toepassing is op arbeidsprestaties geleverd in ondergeschikt verband. Zo staat het alleszins in de eerste uitgave van de “Schets van het Belgische Arbeidsrecht”, die professor BLANPAIN jarenlang te Leuven hanteerde. Het ondergeschikt verband wordt daarbij het sleutelement genoemd voor het afbakenen van het arbeidsrecht met andere rechtsgebieden (10). Opvallend hierbij is dat in de ‘Schets’ het element ‘overeenkomst’ niet als wezenlijk wordt vermeld. We vinden BLANPAIN’S verklaring hiervoor in de eerste uitgave van alweer een ander historisch Leuvens initiatief, het ‘Bulletin’ (11): “het arbeidsrecht is van toepassing ook bij afwezigheid van de overeenkomst; zelfs in geval van nietigheid van de overeenkomst, blijft het arbeidsrecht doorspelen (12). (...) Aldus mag men wel besluiten dat de arbeidsverhouding veel meer dan de overeenkomst van belang is voor het arbeidsrecht” (13).

(10) R. BLANPAIN, *Schets van het Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1983, 17-18. Ook in de latere ‘Schetsen’ bleef deze begripsvorming behouden.

(11) Later genoemd: *Bulletin of Comparative Labour Relations*.

(12) Verwezen wordt hierbij dan naar artikel 14 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten welk voorziet: “De nietigheid van de overeenkomst kan niet worden ingeroepen ten aanzien van de rechten van de werknemer die voortvloeien uit de toepassing van deze wet wanneer arbeid wordt verricht: 1° ingevolge een overeenkomst nietig wegens inbreuk op de bepalingen die de regelen van de arbeidsverhoudingen tot voorwerp hebben; 2° in de speelzalen”.

(13) R. BLANPAIN, “Kenmerken en tendensen van het Belgisch arbeidsrecht”, *Bulletin*, nr. 1, Leuven, Instituut voor Arbeidsrecht, 1970, 14-15.

De inleidende commentaar op de Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten – terug te vinden in alweer een eerste uitgave, ditmaal van de Reeks Sociaal Recht – verklaart dat de stelling dat de arbeidsverhouding belangrijker is dan de overeenkomst, te maken heeft met de contestatie van het burgerlijk recht, waarbij het arbeidsrecht wordt gezien als zijnde “ontstaan als reactie tegen de individualistische dogma’s” van het Burgerlijk Wetboek (14). Hierbij wordt gesteld: “De term ‘verhuring van werk’ wordt terecht over boord gegooid. Hij staat in klaarblijkelijke tegenstelling ... met de erkenning ... dat arbeid geen koopwaar is. Arbeid is geen ruilgoed, maar een uitstraling van een persoonlijkheid; de werknemer verbindt zijn vermogen niet ... wel zijn persoon” (15).

Men komt hiermee al een eind dichterbij het wezen van het arbeidsrecht. Het arbeidsrecht interfereert met de premissen van het burgerlijk recht. Het arbeidsrecht kan van dit burgerlijk recht echter niet losgekoppeld worden. Het arbeidsrecht is beschermend recht en vertrekt vanuit een aantal menselijke waarden. Dit houdt verband met de persoonlijkheid van de werknemer die zich met zijn arbeid verbindt (16).

We komen hier later nog op terug. Doch het lijkt erop dat arbeidsrecht inderdaad niet zomaar van het burgerlijk recht los kan worden gezien. Het ziet er eerder naar uit dat de civielrechtelijke invalshoek van het arbeidsrecht tamelijk onmisbaar is. Laat ons de volgende vraag stellen. Waarom beschouwt men het arbeidsrecht als een relatief jonge rechtstak? En dit terwijl arbeid en arbeidsverhoudingen zelf eeuwenoud zijn. Denk maar aan ‘het oudste beroep ter wereld’. Welnu, een en ander heeft te maken met het feit dat de arbeid doorheen de eeuwen heen zich ontwikkelde “binnen het personele machtsstatuut van de slavernij, binnen het natuurverband van de familie, binnen de feodale heerschappij over de grond en zijn horige bewoners, binnen de reglementen van stadse gildenstructuren” (17). Het moderne arbeidsrecht heeft zich ‘ontvoogd’ tot een contractuele relatie.

(14) “Inleidende commentaar” in R. BLANPAIN, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst in Reeks Sociaal Recht*, nr. 1, Antwerpen, Kluwer, 1978, 18-19. Zie echter J. GRODLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, met name op 220-223, 227. Deze auteur argumenteert dat het in de Frans-Belgische civilistische stroming bij de totstandkoming van het Napoleontische Burgerlijk Wetboek geen individualistische maar eerder een schare aan sociaal gevoelige denkers betrof, die wellicht minder met (liberale) ideologie bezig waren dan men doorgaans aanneemt.

(15) “Inleidende commentaar” in R. BLANPAIN, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst in Reeks Sociaal Recht*, nr. 1, Antwerpen, Kluwer, 1978, 19.

(16) Deze ideeën kunnen – evenwel onder andere woorden – worden afgeleid uit de passage van de “Inleidende commentaar” in R. BLANPAIN, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst in Reeks Sociaal Recht*, nr. 1, Kluwer, Antwerpen, 1978, 19.

(17) J.J.M. VAN DER VEN, *De mens in zijn rechtsorde. Verzamelde opstellen*, s.l., Kluwer, 1981, 348.

Het doet denken aan de stelling van Sir Henry SUMNER MAINE: “we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract” (18). Een belangwekkende uitspraak als deze is zinvol, maar mag anderzijds niet te absoluut opgevat worden (19). Er kunnen alternatieve zienswijzen van een vrije doch niet zuiver klassiek contractuele opgevatte arbeidsrelatie geconcipeerd worden (20).

Dogmatisch gesproken heeft de rol van de partijen bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst een grote betekenis. De handeling waarbij een arbeidsovereenkomst wordt gesloten, creëert inderdaad een bijzondere juridische band tussen de twee partijen, met name een band van ondergeschiktheid (21). Dit ondergeschikt verband betreft een juridische ondergeschiktheid. Deze situatie van contractuele of overeengekomen juridische ondergeschiktheid is vrij uniek. Het betreft namelijk een hiërarchie tussen theoretisch gelijken (22). Het feit dat de ongelijkheid tot stand komt op basis van een vrij aangegane overeenkomst is, theoretisch, van belang (23). Dit maakt namelijk het onderscheid uit met onvrije situaties van arbeid.

De contractuele grondslag van de arbeidsrelatie is zeker een belangrijk gegeven. Maar laten we terugkeren naar de uitspraak dat de arbeidsverhouding, veel meer dan de overeenkomst, van belang is voor het arbeidsrecht (24). Het bijzondere van de arbeidsrelatie ligt met name in het voorwerp waarop het in deze relatie uitgeoefende gezag betrekking heeft. Dit voorwerp is de

(18) H. SUMNER MAINE, *Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas, with an introduction and notes by Sir Frederick Pollock*, 4th American from the 10th London edition, New York, Henry Holt and Co., 1906, 165.

(19) Een gezonde mate van nuanceren ten aanzien van de betreffende uitspraak is dan ook op haar plaats. Zo ook valt in het commentaar op deze uitspraak te lezen: “Maine’s now celebrated dictum as to the movement from Status to Contract in progressive societies is perhaps to be understood as limited to the law of Property, taking that term in its widest sense as inclusive of whatever has a value measurable in exchange” (H. SUMNER MAINE, *Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas, with an introduction and notes by Sir Frederick Pollock*, 4th American from the 10th London edition, New York, Henry Holt and Co., 1906, 165, 422-423).

(20) Cf. M. FREEDLAND, *The personal employment contract*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 602 p.

(21) Cf. artikel 2 en 3 Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978.

(22) A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1994, 119; W. VAN EECKHOUTTE, “De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie”, *TPR* 1990, 976.

(23) Cf. “Any influence on another’s behaviour was justified because they were freely accepted by the persons now subjected to this power” (H. COLLINS, *The law of contract*, Londen, Weidenfeld and Nicolson, 1986, 12).

(24) R. BLANPAIN, “Kenmerken en tendenzen van het Belgisch arbeidsrecht”, *Bulletin*, nr. 1, Leuven, Instituut voor Arbeidsrecht, 1970, 14-15.

arbeid. Men stelt dat in beginsel het voorwerp van de arbeidsovereenkomst ligt in de overeengekomen arbeid, gescheiden van de persoon die deze uitvoert (25). Nochtans is de band tussen arbeid en persoon moeilijk te doorbreken. Het voorwerp van het gezag heeft een sterke band met de persoon die deze arbeid levert (26). Ondanks deze vaststelling blijft het uitgangspunt dat de werknemer slechts ondergeschikt wordt aan de werkgever voor de uitoefening van de arbeidsovereenkomst (27).

III. DE WETENSCHAPPELIJKE BEOEFENING VAN HET ARBEIDSRECHT

De vraag is, of er een methode van rechtswetenschap is, die eigen is aan het arbeidsrecht. Het antwoord daarop is niet evident. Toch kan men er voorzichtig van uitgaan dat in de verschillende methoden van de beoefening der rechtswetenschap die bij de bestudering van het arbeidsrecht hanteerbaar zijn, zich enkele specifieke kentrekken hebben gevormd, die tamelijk eigen zijn aan de wijze waarop men aan het Leuvense Instituut voor Arbeidsrecht dit arbeidsrecht bestudeert. Hiervoor kan het beeld van de spiegel opnieuw worden gebruikt.

Het concept van het spiegelschrift is met name interessant. Spiegelschrift betreft het zodanig schrijven van tekst dat, wanneer die in een spiegel wordt bekeken, eruit ziet als normale tekst. In spiegelschrift wordt niet alleen de volgorde van de letters omgedraaid, maar ook de letters zelf. Hieruit volgen interessante denkoefeningen voor het arbeidsrecht.

Ten eerste kan men stellen dat het arbeidsrecht een reflectie is (of dient te zijn) van de waarden en realiteiten voor en van de arbeidsverhoudingen, zodanig dat indien men van daaruit naar het arbeidsrecht kijkt, men een perfect leesbaar en begrijpbaar schrift ziet. Dit betekent dat het arbeidsrecht gedragen moet worden door waarden en normen – om deze term maar te gebruiken – alsook door arbeidsverhoudingen die het afspiegelt vanuit een realiteit waarop de arbeidsrechtelijke regels behoorlijk vat kunnen hebben.

(25) M. JAMOULLE, "La vie privée et le droit du travail", *Ann.dr.Louvain* 1984, 28: "L'objet du contrat réside dans l'activité promise, séparée de la personne qui l'exerce".

(26) RAMM stelt het zo: "Thus the individual exchange of the two goods, labor and money, developed into an obligation which includes the personality of the employee more and more" (T. RAMM, "Introduction" in F. SCHMIDT (ed.), *Discrimination in employment*, Stockholm, Almqvist & Wiksell International, 1978, 27).

(27) WEDDERBURN, "Labour law and the individual in post-industrial societies" in WEDDERBURN, M. ROOD, G. LYON-CAEN, W. DAUBLER en P. VAN DER HEIJDEN, *Labour law in the post-industrial era* in *Studies in Modern Law and Policy*, Dartmouth, Aldershot, 1994, 39.

De contextualiteit en verbondenheid van het arbeidsrecht kan geïllustreerd worden met de woorden van LEVENBACH:

“Geen enkele arbeidsjurist kan zijn vak goed beoefenen zonder terdege rekening te houden met de zo boeiende erbij betrokken menselijk-maatschappelijke verhoudingen. De bijzondere studie van achterliggende verhoudingen was in het begin zelfs nog enigmatische iets specifiek juist van de arbeidswetenschap. Het is dat thans gelukkig niet meer. Ook tot beoefenaren van andere rechtsvakken is tegenwoordig wel doorgedrongen, dat met enkel dogmatische rechtswetenschap geen behoorlijk recht te vinden is. Het arbeidsrecht heeft zeker het zijne daartoe bijgedragen” (28).

Ten tweede, en mede op grond van de voorgaande overweging van de potentiële bijdragen die het arbeidsrecht kan leveren – zowel aan de rechtswetenschap als aan de menselijk-maatschappelijke verhoudingen – moet het arbeidsrecht bakens uitzetten. Het mag zich als discipline permitteren om confronterend te zijn. In het beeld van de spiegel is het averechtse aan het spiegelschrift eigen, en dit kan ook het arbeidsrecht niet helemaal vreemd zijn. Het arbeidsrecht betreft, zoals hoger aangegeven, mensen en hun aspiraties en is dus zeker waardengericht. Het is de ambitie van het arbeidsrecht om de eigen waarden ervan, waar te maken op gelijke voet met andere disciplines.

Ten derde – en dit is slechts schijnbaar contradictorisch met het voorgaande – ziet het er naar uit dat het arbeidsrecht moeilijk wezenlijk te veranderen is van binnen uit. Het zijn vaak anderen – lees andere disciplines – die het arbeidsrecht op tekortkomingen wijzen. Deze geven vaak aanleiding tot het confronteren of overdenken van arbeidsrecht. Dit geeft het arbeidsrecht een openheid naar andere disciplines. De stap naar interdisciplinariteit is daarbij snel gemaakt (29).

1. INTERDISCIPLINAIR ARBEIDSRECHT

Het is Benjamin AARON, een van de grootste Amerikaanse academici in het domein van het arbeidsrecht, die schreef dat: *“law professors need to do more interdisciplinary research, especially with the social sciences”* (30). Met

(28) M.G. LEVENBACH, “Veertig jaar arbeidsrecht” in H.L. BAKELS, *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer, Kluwer, 1977, 25.

(29) E. CLAES, W. DEVROE en B. KEIRSBILCK, “Grenzen van (rechtsstatelijk) recht”, *RW* 2005-06, 1213, in het bijzonder randnummer 42.

(30) B. AARON, “The comparative labor law group: a personal appraisal”, *Comp. Lab. L.J.* 1977, 228.

deze propositie verschaft hij de cruciale relevantie van het aspect 'context'. Dit is een les die in de 'Leuvense school' zeker is aangekomen. Het leidt tot de gedachte dat de bestudering van het arbeidsrecht 'in de boeken' moet gepaard gaan met de bestudering van het arbeidsrecht 'in de praktijk' (31).

Het woord interdisciplinariteit mag hier dan ook vallen. Ten einde de juiste onderwerpen van bestudering te vinden en de juiste perspectieven van juridische synthese te verlenen, moeten arbeidsjuristen zich toegang verschaffen tot andere disciplines, zoals de sociale, economische en politieke wetenschappen, alsook met inbegrip van de filosofie waarvan men kan uitgaan dat zij in vele vormen van wetenschapsbeoefening een rol kan spelen.

Ook intra-disciplinariteit is eigen aan het arbeidsrecht. Men kan het arbeidsrecht vaak moeilijk thuisbrengen in traditionele domeinen zoals privaatrecht of publiekrecht. Het gaat slechts om enkele voorbeelden, maar het arbeidsrecht moet zich onder meer ook steeds vaker in het domein van de mensenrechten begeven en wordt afhankelijker en verder doordrongen van het internationale en Europese recht.

Dit alles beantwoordt aan de noodzaak van context en realiteit. Hoewel een arbeidsrechtelijk probleem kan ontstaan in zijn eigen auto-referentialiteit, verschijnt het doorgaans tegen de achtergrond van veranderingen in de arbeidsverhoudingen of de samenleving als geheel. Het komt er dan ook op aan, voor de beoefenaar van de arbeidsrechtswetenschap, in een multidisciplinaire onderneming op zoek te gaan naar een beter verstaan van zijn vakgebied, maar uiteindelijk ook van de samenleving zelf.

2. RESPONSIEF ARBEIDSRECHT

Gekoppeld aan de interdisciplinariteit van het arbeidsrecht, dient het arbeidsrecht te worden bestudeerd rekening houdend met zijn responsief karakter. Daarbij is de idee van 'responsief recht' relevant, zoals dat werd geïntroduceerd door NONET en SELZNICK (32). Het is een benadering van het recht die wellicht eerder in de sfeer van regulering – vanuit het oogpunt van het maken van regels – gehanteerd wordt, maar niettemin voor de wetenschapsbeoefening zijn belang lijkt te hebben. De genoemde auteurs vertrekken van de vaststelling dat regulering vaak te gemakkelijk wordt losgemaakt van realiteit en sociale ervaring. Responsief recht dient zich aan om recht meer responsief te maken ten aanzien van sociale noden en daar-

(31) X. BLANC-JOUVAN, "Lessons from an experiment in comparative labor law", *Comp. Lab.L.J.* 2007, 418.

(32) P. NONET en P. SELZNICK, *Law and society in transition: toward responsive law*, Londen, Harper and Row, 1978, in het bijzonder 73-79.

bij dat recht ook attent te maken op verandering. Het laat zich verstaan dat dit kan geassocieerd worden met een doelgerichte benadering in de juridische wetenschap, en met een openheid van het recht naar impliciete waarden of beleidsinzichten, die dat recht beïnvloeden. Responsief recht is een bondgenoot van reflexief recht dat gelijkaardige aspiraties heeft (33). Het suggereert een dynamisch en contextueel begrijpen van het recht (34). Om effectief te zijn en verantwoord, moet regelgeving – dus ook de arbeidsrechtelijke regels – rekening houden met de interacties tussen verschillende actoren en sociale en economische krachten in de maatschappij, alsook met de verhouding tussen publieke en private wijzen van regulering (35).

3. FUNDAMENTEEL ARBEIDSRECHT

De idee van een responsief arbeidsrecht en het beantwoorden van het recht aan de realiteit van de arbeidsverhouding, aan processen van verandering of aan maatschappelijke behoeften, impliceert geenszins dat de realiteit het zou moeten halen op het recht. Het arbeidsrecht dient bakens uit te zetten. Aan de fundamentele waarden en normen die aan dit arbeidsrecht ten grondslag liggen, dient de realiteit zich aan te passen. Een grote waarde in het arbeidsrecht ligt er precies in om de realiteit vanuit deze discipline te evalueren en desnoods richting te geven.

Het ligt dan ook voor de hand dat het arbeidsrecht niet kan opgeven om zijn fundamentele waarden en grondslagen waar te maken. Integendeel, het arbeidsrecht dient de fundamentele rechten in aanmerking te nemen in het licht van de mens en zijn noden (36). Zoals Rood het ons leerde, moet het arbeidsrecht zich niet zomaar aanpassen aan alle situaties, maar moet naar nieuwe oplossingen worden gezocht voor nieuwe situaties zonder de essentiële vereisten van het arbeidsrecht op te geven die respect tonen voor

(33) Cf. R. ROGOWSKI en T. WILTHAGEN (eds.), *Reflexive labour law: studies in industrial relations and employment regulation*, Den Haag, Kluwer Law International, 1994, 398 p.

(34) P. ZUMBANSEN, "Law after the welfare state: formalism, functionalism and the ironic turn of reflexive law", *CLPE Research Paper* 13/2008, 30; G. TEUBNER, "Substantive and reflexive elements in modern law", *L. & Soc. Rev.* 1983, 239.

(35) J. HOWE en I. LANDAU, "'Light touch' labour regulation by state governments in Australia", *Melbourne University Law Review* 2007, 393.

(36) B. CARUSO, "The future of labour law: traditional models of social protection and a new constitution of rights", *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo d'Antona"*, 10/2002, 15.

de menselijke waardigheid van de werknemer (37). De (sociale) grondrechten spelen in het arbeidsrecht een belangrijke rol.

4. VERGELIJKEND ARBEIDSRECHT

Als er één rechtsgebied is waarin rechtsvergelijking een evidentie lijkt, dan is het wel het arbeidsrecht. Het grondig bestuderen van het arbeidsrecht leidt onvermijdelijk tot de studie ervan in een vergelijkend perspectief.

Het 'comparatieve' heeft het arbeidsrecht heel wat bij te brengen. Het verschaft een beter inzicht in het eigen rechtssysteem; het laat toe om voorspellingen te doen of ontwikkelingen beter in te schatten; het levert een bijdrage aan de theorievorming en het begrijpen van arbeidsrecht; het zet aan tot *out-of-the-box* denken en bevordert de creativiteit; het legt ook een zekere graad van relativiteit en bescheidenheid in aanspraken van en uitspraken over het arbeidsrecht; ten slotte opent het wegen om de mogelijkheden te ontdekken van internationalisering, convergentie en harmonisering van arbeidsrecht (38).

In het kader van deze functies, zijn er verschillende vormen of werkwijzen van de beoefening van rechtsvergelijking mogelijk, die men vaak in het arbeidsrecht geoperationaliseerd ziet terugkomen. De eerste is dat men de rechtsvergelijking hanteert en integreert in eigen onderzoek, onder meer om inspiratie te halen uit andere rechtssystemen ter identificatie van problemen of oplossingen, maar mogelijk ook – in een stap verder – om in een geïntegreerde benadering te voorzien van een bepaald arbeidsrechtelijk thema dat dan besproken wordt tegen de achtergrond van verschillende juridische systemen. Een tweede vorm is dat men via de rechtsvergelijking in staat wordt gesteld om bevindingen uit het eigen rechtssysteem te communiceren aan toehoorders uit andere systemen, doorgaans op een internationaal forum. Een derde werkwijze is dat men rechtsvergelijkende groepen

(37) De letterlijke weergave van ROOD'S uitspraak dewelke hij in het Engels formuleerde is: *"I do not imply that labour law rules and regulations simply have to be adapted to all situations, even those where workers have no security at all and employers do not run any risk. But there seems to be a desire to find new solutions for new situations, to look for a greater flexibility without giving up the essential requirements of labour law respecting the human dignity of the worker"*. Zie M. ROOD, "Internationalization: a new incentive for labour law and social security law" in *Labour law at the crossroads: changing employment relationships. Studies in honour of Benjamin Aaron*, Den Haag, Kluwer Law International, 1997, 149.

(38) Deze functies vindt men ook terug in R. BLANPAIN, "Comparativism in labour law and industrial relations" in R. BLANPAIN (ed.), *Comparative labour law and industrial relations in industrialised market economies*, Den Haag, Kluwer Law International, 2007, 3-24.

vormt van onderzoekers rond gemeenschappelijke arbeidsrechtelijke problemen, waarbij men niet alleen de problemen identificeert en analyseert, maar ook tracht te komen tot conclusies.

5. TRANSNATIONAAL ARBEIDSRECHT

De zienswijze dat het verstaan van de aard of de functies van het arbeidsrecht zijn gegrond in variabele en particuliere perspectieven, in plaats van universele, is redelijk traditioneel in de beoefening van het arbeidsrecht. Het is inderdaad zo dat het arbeidsrecht en de arbeidsverhoudingen zeer diep geworteld zitten in gemaakte keuzes, institutionele omgevingen, culturele en maatschappelijke voorkeuren, en dus afhankelijk zijn van historische, politieke, economische en sociale factoren, zodat dit arbeidsrecht niet gemakkelijk vatbaar gevonden kan worden voor een overplaatsing in een ander systeem. Het is tegelijkertijd zo dat het paradigma van arbeid en tewerkstelling in een traditioneel industrieel model aan het wijzigen of zelfs verdwijnen is. Tegelijkertijd staan nationale rechtssystemen, inclusief nationale systemen van arbeidsrecht, door de globalisering onder druk. De balans tussen de nationale staat enerzijds en internationale of zelfs (vaak transnationale) niet-statelijke krachten anderzijds, lijkt te gaan overhellen in het voordeel van die laatste, zeker in een context van een globale ruimte met een hoge graad van kapitaalsmobiliteit. Deze 'shift' dient zich aan voor de lange termijn, zoniet permanent (39). Dit geeft niet alleen aanleiding tot de nieuwe, normatieve of andere fundamentele discussies over het arbeidsrecht en zijn aannames, maar zorgt er ook voor dat arbeidsrecht in een beter opzicht moet geconcipieerd worden in een meer globale en niet noodzakelijk nationale context. Arbeidsrecht zal daardoor steeds meer worden bekeken als een onderdeel van een meer algemeen onderzoek naar de effecten die verschillende systemen van globale en regionale economieën en beleid hebben op elkaar en op nationale niveaus van regulering.

IV. DE UITDAGINGEN VOOR HET ARBEIDSRECHT

Zoals gesteld, richt het academisch debat over het arbeidsrecht zich sterk op vernieuwing, modernisering of hertaling. Dit gebeurt in het licht van de uitdagingen van de 21ste eeuw. Wat is er precies aan de hand?

Het arbeidsrecht is traditioneel opgebouwd op de onderliggende assumptie van een voltijdse arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met hoge baanzekerheid bij dezelfde werkgever. Dit model sluit goed aan bij de klas-

(39) H. ARTHURS, "Compared to what?", *Comp.Lab.L.J.* 2007, 599.

sieke visie dat het arbeidsrecht begaan is met de ongelijke onderhandelingspositie tussen de contracterende partijen bij de arbeidsovereenkomst.

In zijn traditionele vertaling, heeft het arbeidsrecht redelijk goed geopeerd in een industriële setting. In de klassieke idee van arbeidsverhoudingen, die vaak worden aangeduid met de term 'Fordisme', komen elementen naar voor zoals: een mannelijke voltijdse kostwinner; langetermijngebondenheid aan de onderneming; vervullen van repetitieve of dezelfde taken; homogene en gestandaardiseerde manier van werken; een duidelijke afbakening tussen arbeidstijd en vrije tijd; relatief korte levensverwachting; predominantie van industriële vakorganisatie en collectief onderhandelen (40). De 'modernisering' van het arbeidsrecht duwt deze discipline echter in een bevraging van dit socio-economische model, dat in de doctrine wordt beschreven als een beeld dat steunt op gestandaardiseerde vormen van ondergeschiktheid en een sterke institutionalisering in het kader van de nationale staat (41).

1. DE DRIEHOEK WERK-WERKER-OVERHEID

De wereld van het werk is, inderdaad, aan het wijzigen. Vele factoren liggen hieraan ten grondslag, zoals de globalisering, nieuwe technologieën, en door diensten en consumenten gedreven markten (42). Dit zet druk op het bedrijfsleven om internationaal competitief te blijven en om responsief te zijn voor veranderingen die plaatshebben op de markt.

De effecten op de arbeidsverhoudingen en arbeidsmarkten, en derhalve ook op het arbeidsrecht, kunnen worden begrepen in de driehoek 'werk', 'werker' en 'overheid'.

Werk: Bedrijven en werkgevers zoeken naar middelen om de werkorganisatie en de werkplaats aan te passen aan zich steeds wijzigende omstandigheden. Het resultaat is een vraag naar meer flexibele arbeidsvormen, meer contingente tewerkstelling, atypische arbeid (zoals tijdelijke arbeid of deeltijdse arbeid), outsourcing en de groei van triangulaire arbeidsrelaties. In deze context verliest de klassieke arbeidsorganisatie aan belang.

(40) T. IWAGAMI, "The end of the classic model of labor law and Post-Fordism", *Comp. Lab.L.J.* 1999, 691-692.

(41) A. SUPLOT, *Beyond Employment*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 215.

(42) R. BLANPAIN, "The world of work in the XXI Century. From globalisation to flexicurity" in F. HENDRICKX (ed.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda*, Antwerp, Intersentia, 2008, 1-19.

Werker: Niet alleen is de klassieke economie met een hiërarchische en piramidale gezagsstructuur aan het verdwijnen. Met deze ontwikkeling vindt men de klassieke werknemer steeds minder terug. Kleinere eenheden, teams, samenwerking tussen individuen en ondernemingen, worden, naast grote multinationale groepen van werkgevers, de motor van de economie. Het onderscheid tussen ondergeschikte en zelfgeorganiseerde arbeid wordt kleiner. De hypothese groeit dat men daarbij te maken krijgt met een steeds grotere, geatomiseerde en niet-vertegenwoordigde groep arbeidskrachten. Dit vormt een probleem ten aanzien van het collectieve element in arbeidsrelaties, en de mogelijkheid om werknemers te organiseren en solidariteit op te wekken. In een globale context, staat ook de aansluitingsgraad bij vakbonden onder druk. Werkers, eerder dan werknemers, vormen de uitdaging. Deze werkers kunnen nieuwe en andere wegen zoeken om hun belangen in de economie te behartigen. Het superkapitalisme heeft, ondanks kritiek in zwaar weer (zoals tijdens de economische en financiële crisis) nog steeds een zekere negatieve invloed op systemen van werknemersinspraak (43).

Verder is er de algemene trend van individualiteit en diversiteit in de samenleving. Aan de ene kant bouwen mensen andere gezichtspunten en relaties op ten aanzien van werk. Niet alleen inkomen staat centraal, maar ook het inzicht dat werk een weg is naar persoonlijke zelfontplooiing. Aan de andere kant zijn er demografische ontwikkelingen die leiden naar een vergrijzing van de Westerse samenlevingen. Dit heeft een effect op welvaartssystemen, indirecte loonkosten, en de deelname van ouderen aan de arbeidsmarkt (44). Een andere demografische factor is de toenemende internationale mobiliteit van mensen, vooral migraties, en de stijgende maatschappelijke diversiteit. Ook dit vormt uitdagingen voor de arbeidsmarkt, de openheid van onze samenlevingen, en arbeidsrechtelijke domeinen zoals diversiteitsbeleid en gelijke behandeling.

Overheid: De invloed van de overheid lijkt, in een globale context, eerder af te nemen. De balans tussen enerzijds statelijke en anderzijds internationale, inclusief niet-statale, actoren lijkt naar deze laatste over te hellen. Er is de opgang van multinationale ondernemingen. Dit doet de vraag rijzen naar het gepaste niveau van regelgevende interventie. De uitdaging is daarbij ook om scenario's van 'sociale dumping' zoveel als mogelijk af te wenden.

(43) Cf. R. REICH, *Supercapitalism, The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*, New York, Knopf, 2007, 272 p.

(44) R. BLANPAIN en M. WEISS (eds.), "Modernisation of Labour Law and Industrial Relations: The Age Factor" in *Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law. Liber Amicorum in Honour of Professor Marco Biagi*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, 43-58.

We gaan hieronder op twee aspecten wat dieper in.

2. DE AFNEMENDE ROL VAN DE NATIESTAAT

Globalisering is een sleutelcomponent in de nieuwe wereld van het werk. Een 'globale werkplaats' wordt steeds meer realiteit. Dit betekent dat de nationale en internationale regulering van arbeidsverhoudingen met elkaar onlosmakelijk verbonden wordt (45).

Harry ARTHURS heeft de uitdagende vraag gesteld: "wie is er bang van de globalisering?". En zijn antwoord is: "zowat iedereen met gezond verstand" (46). Met deze boutade wordt duidelijk gemaakt dat zowel het bedrijfsleven, de nationale overheden, de vakbonden als de werknemers het comfort hebben verloren van traditionele geografische grenzen.

De globalisering creëert een spanning. Terwijl de handel vrij is en kapitaal zeer mobiel, blijven heel veel institutionele actoren nationaal (47). Met de globalisering komt er druk te staan op de nationale wetgever, alsook op de sociale partners, die vaak de logica van de nationale beslissingsniveaus volgen. Positief uitgedrukt is er een steeds verdergaande behoefte om antwoorden te bieden, ook in de sfeer van arbeidsverhoudingen, op een niveau dat hoger is dan de nationale staat. Het nationale rechtssysteem geeft immers onvoldoende antwoorden, of wordt zelfs overbodig (48). Deze internationale antwoorden hoeven niet noodzakelijk van wetgevende aard te zijn. Alternatieve vormen van regulering worden wellicht belangrijker, zoals soft law of initiatieven van private actoren (49).

3. DE AFNEMENDE ROL VAN 'HET COLLECTIEVE'

Gepaard met de toenemende, globale competitie in de economie, gaat het fenomeen van flexibilisering en modernisering van arbeidsverhoudingen.

(45) E. GRAVEL en Q. DELPECH, "Notes, debates and communications. International labour standards: recent developments in complementarity between the international and national supervisory systems", *Int.Lab.Rev.* 2008, 403.

(46) H. ARTHURS, "Who's afraid of globalization? Reflections on the future of labour law" in J.D.R. CRAIG en S.M. LYNK, *Globalization and the future of labour law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 51.

(47) WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION, *A Fair Globalization. Creating Opportunities for All*, Geneva, International Labour Office, 2004, 24 (ISBN 92-2-115426-2, available on www.ilo.org).

(48) B. CARUSO, "Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the 'global village'", *Comp.Lab.L.&Pol'y J.* 2007, 507.

(49) J.-M. SERVAIS, "International labour standards and corporate social responsibility", *BCLR* 2005, nr. 55, 21-35.

De collectieve arbeidsovereenkomst is als instrument ontstaan in een tijdperk gekenmerkt door 'Fordisme', dit wil zeggen een traditioneel-industriële setting. Collectief onderhandelen is vaak sterk en zelfs fysiek verbonden met de wijze waarop de werkorganisatie en de arbeidsverhouding zijn gestructureerd.

Nieuwe visies op de wereld van het werk lijken ook steun te verlenen aan de hypothese van de verdergaande decentralisering van collectief onderhandelen (50). Dat dit niet noodzakelijk een negatieve weerslag hoeft te betekenen op het collectieve arbeidsrecht wordt ondersteund door doctrine die nieuwe vormen van – decentraal – overleg beschrijft, met ruimere en nieuwe functies naast de klassieke arbeidsvoorwaardenvorming, zoals onder meer het sluiten van partnerships met de werkgever, het meewerken aan crisismanagement van de onderneming, of het vormgeven aan een sociaal verantwoord ondernemerschap in een context van netwerken van ondernemingen (51). Deze nieuwe functies van het sociaal overleg worden ook genoemd in de groeiende transnationale dimensie van de arbeidsverhoudingen (52). Men denkt dan aan sociaal partnerschap en nieuwe manieren van *governance* van de arbeidsverhoudingen. Deze idee van *governance* kan ook ten grondslag liggen aan de strategie van de Europese Commissie in het flexicuritybeleid waarbij gestreefd wordt naar een actieve betrokkenheid van de sociale partners om ervoor te zorgen dat dit beleid een invulling krijgt die eenieder ten goede komt in het kader van een verantwoordelijkheid voor een beleid gericht op verandering (53).

Een ander effect van de zogenaamde nieuwe wereld van het werk is de impact op de vakbondswerking en de instrumenten van geschillenbeslechting. De vermeerdering van het belang van het transnationale element in arbeidsverhoudingen staat in contrast met de internationale slagkracht van vakbonden. Het ligt niet voor de hand om vanuit nationale tradities en rechtssystemen te komen tot het solidair mobiliseren van werknemers in verschillende landen (54).

Een meer fundamenteel probleem zou ook kunnen liggen in de vakbonds-attitude van de nieuwe werkende bevolking. BELLACE heeft er bijvoorbeeld

(50) B. GERNIGON, A. ODERO en H. GUIDO, "ILO principles concerning collective bargaining", *Int.Lab.Rev.* 2000, 33.

(51) B. CARUSO, "Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the 'global village'", *Comp.Lab.L.&Pol'y J.* 2007, 534-535.

(52) Cf. Y. SUWA, "The actors of collective bargaining: is the system really sustainable in the future?", *BCLR* 2004, nr. 51, 23-34.

(53) EUROPEAN COMMISSION, *Towards common principles of flexicurity*, COM(2007)359final, 8.

(54) K.V.W. STONE, "A new labor law for a new world of work: the case for a comparative-transnational approach", *Comp.Lab.L.&Pol'y J.* 2007, 580.

op gewezen dat in meer complexe en zich wijzigende arbeidsverhoudingen, met een grotere diversiteit in de werkende bevolking, de kansen voor een georganiseerde werkplaats alsook de bereidheid van werkers om het stakingswapen te hanteren, gaan afnemen (55). ARTHURS heeft daaraan toegevoegd dat de globalisering niet alleen een fysiek fenomeen is maar ook een mentaliteitskwestie die vaak neo-liberale trekken heeft (56).

Deze trend kan in het bijzonder benadrukt worden in een context waarin staten betrokken zijn in 'systeemcompetitie', waarbij lagere kosten en niveaus van bescherming tegen elkaar worden uitgespeeld teneinde investeringen aan te trekken. De bezorgdheid van systemen van arbeidsverhoudingen voor dit fenomeen wordt door sommigen zelfs verbonden met de voorkeur voor bemiddelingsvormen bij collectieve arbeidsconflicten boven meer conflictueuze wijzen van geschiloplossing zoals stakingsacties (57). Anderen stellen dat de uitdaging is om een juridisch raamwerk te vinden waarin vakbonden zich op een manier gedragen die zowel sociale als politieke waarde heeft (58).

V. EUROPA ALS OPLOSSING EN OPGAVE

Kan Europa het arbeidsrecht redden? De uitdagingen die zich vanwege de globalisering aandienen, nodigen uit tot de logische stap van globale of Europese antwoorden. Toch biedt het Europa van vandaag deze oplossingen niet op een bevredigende wijze. Integendeel, het tot stand brengen van een sociaal Europa blijkt een hele opgave te zijn. We noemen twee probleemvelden: de kwestie van de sociale dumping en het vraagstuk van de flexibilisering.

1. SOCIALE DUMPING

Veel valt niet af te dingen van de uitspraak, dat in de Europese Unie het arbeidsrecht nog voornamelijk een aangelegenheid van de lidstaten is. Het arbeidsrecht van de EU is onlosmakelijk verbonden met het Europees sociaal beleid. En dat is dan weer gekoppeld aan de doelstellingen van het Europese

(55) J. BELLACE, "The future of employee representation in America: enabling freedom of association in the workplace in changing times through statutory reform", *U.Pa.J.Lab.&Emp.Law* 2002-03, 1-32.

(56) H. ARTHURS, "Reinventing labor law for the global economy: the Benjamin Aaron lecture", *Berkeley J.Emp.&Lab.Law* 2001, 271.

(57) Cf. N. BRUUN, "The autonomy of collective agreement", *BCLR* 2003, nr. 48, 15-16.

(58) W. BROWN en S. OXENBRIDGE, "Trade unions and collective bargaining" in C. BARNARD, S. DEAKIN en G. MORRIS (eds.), *The future of labour law. Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 74.

project. Dit zorgt voor een behoorlijke spanning tussen de sociale doelstellingen en de realisatie van de interne markt. Tegenover de relatief beperkte mogelijkheden om via Europa sociale materies te regelen, vindt men een sterk geheel van bevoegdheden om grenzen te verwijderen en markten te dereguleren. Dit Europese internemarktrecht brengt mogelijk lidstatelijke regelingen dichterbij. Maar de realiteit in een uitgebreid Europa zoals dat op heden bestaat, toont niettemin grote verschillen in arbeidsrechtelijke regelingen of systemen van sociale bescherming. Dit maakt dat arbeid in elke lidstaat aan eigen juridische regelingen onderworpen is en ook sterk van prijs verschilt. De mobiliteit van diensten, personen, goederen en kapitaal staat in contrast met de lokale juridische behandeling van arbeid.

Ook in deze Europese context kan dan ook de hogervermelde 'systeemcompetitie' ontstaan. Doorgaans wordt dit vertaald als 'sociale dumping'. De term sociale dumping heeft meestal een negatieve connotatie. Dit omdat regulatieve mededinging (59) voor het arbeidsrecht een delicaat probleem is. Voor het vertrekpunt ervan geldt dat landen redeneren als private bedrijven: aantrekkelijk willen zijn voor investeringen, betekent zich niet alleen aanprijzen als aantrekkelijk en vriendelijk, maar ook zorgen voor een prijsbewuste en niet-rigide juridische omgeving, met loonkosten zo laag mogelijk en arbeidsrecht soepel. Op ruimere schaal impliceert dit dat het arbeidsrecht zich aanpast aan de grote en wereldwijde mobiliteit van kapitaal (60).

Sociale dumping wordt vaak aangeduid als een '*race to the bottom*'. Daarbij is het zinvol om drie vormen van sociale dumping te onderscheiden (61):

- 1.ontmanteling: het verlagen van arbeidsnormen, zoals het voorzien van lage lonen, soepele arbeidsreglementering of antivakbondsstrategieën, met het oog op het aantrekken van buitenlandse investeringen;
- 2.substitutie: het creëren van een competitief voordeel door het vervangen van een hoge kostenproducent of dienstverlener door een lage kostenproducent hetzij een dienstverlener uit een land waar de lonen en arbeidsvoorwaarden en/of directe en indirecte kosten op arbeid die beschermen de wetgeving doorgaans voortbrengt, lager zijn;
- 3.delokalisatie: het gebruiken van de mogelijkheid om de onderneming te verplaatsen, of het invoeren van deze mogelijkheid als drukingsmiddel in lokale onderhandelingen, vanuit de opvatting dat er andere landen

(59) In het Engels: *regulatory competition*.

(60) Cf. B. LANGILLE, "Labour law is not a commodity", *Ind.L.J.* 1998, 1011: "The alternative conception is to see the new world order we have just described as offering a market in labour laws".

(61) Enigszins geïnspireerd en vervolledigd op H. MOSELY, "The social dimension of European integration", *Int.Lab.Rev.* 1990, 160.

zijn waar, gelet op het niveau van sociale bescherming, goedkoper kan worden geproduceerd.

Sociale dumping werd traditioneel geassocieerd met delokalisaties van bedrijven naar verre oorden buiten Europa. Maar het is duidelijk dat het spel van regulatieve mededinging ook binnen de Europese Unie tot sociale dumping aanleiding geeft. Waar aanvankelijk schijnbaar voorzichtig werd geconcludeerd tot het bestaan van sociaal-regulatieve mededinging tussen de lidstaten van de Europese Unie (62), wordt steeds duidelijker dat de lidstaten onderling niet zonder meer aan de drie hogergenoemde soorten van sociale dumping ontsnappen (63).

De problematiek van sociale dumping wordt vaak vermengd met bescherming (afscherming) van de eigen markt en lidstatelijke verworvenheden. Legitieme (sociale verworvenheden) en minder aanvaardbare (protectionisme) motieven zijn dan ook strijdende krachten in de relatie tussen het arbeidsrecht en het Europese internemarktrecht. Dit is duidelijk geworden in de vrijedienstenrechtspraak van het Europees Hof van Justitie sinds *Rush Portuguesa* (64). In deze optiek zijn nationale regels van werknemersbescherming in beginsel een belemmering van de interne markt (65).

De geschiedenis van de Europese dienstenrichtlijn (66) illustreert dit des te meer. Deze richtlijn kwam er, zoals bekend, niet zonder slag of stoot. Toen op 14 februari 2006 het Europees Parlement de plenaire ervan aanvatte, stelde het toenmalige *Bolkestein*-ontwerp (67) "dat het even eenvoudig zou worden om vanuit Amsterdam een dienst naar Athene te leveren, als een dienst naar Rotterdam" (68). In de straten klonk het echter "*Geen Valentijn voor Bolkestein*", en rapporteur Evelyne GEBHARDT voegde eraan toe:

(62) Cf. C. BARNARD, 'Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware', *E.L.Rev.* 2000, 64-65.

(63) Hoewel kan geargumenteerd worden dat vooral substitutie en delokalisatie de meest waarschijnlijke vormen zullen zijn (cf. C. ERICKSON en S. KURUVILLA, "Labor costs and social dumping in the EU", *Ind.&Lab.Rel.Rev.* 1994, 29-30). Een bekend voorbeeld van ontmanteling is Australië dat onder de druk van globalisering en liberalisering het arbeidsrecht terugschroefde (cf. R. MCCALLUM, "In defense of labour law", *Legal Studies Research Paper*, nr. 07/20, 2007, 1-2).

(64) Zaak *Rush Portuguesa*, C-113/89, *Jur.* 1990, I-1417.

(65) M.S. HOUWERZIJL, *De detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG in Europese Monografieën*, Deventer, Kluwer, 2004, 72. HOUWERZIJL hanteert meerdere malen (zie vooral p. 16) het woord 'uitholling' van het nationale arbeidsrecht in de lidstaten.

(66) Richtl. 2006/123/EG, 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.L.* 27 december 2006, afl. 376/36.

(67) *Voorstel Commissie*, 25 februari 2004, COM(2004)2def./2, 87 p.

(68) *Mededeling Commissie*, 19 december 2000, Com (2000)888def., 8.

"We are dealing with the most important piece of EU legislation apart from the Constitution" (69).

Het betrof inderdaad een wezenlijke discussie. Men wilde geen ongebreidelde vrijmaking van de interne markt zonder voldoende sociale correcties. Bovendien vreesde men het beruchte 'land van oorsprong'-beginsel omdat het zou leiden tot 'sociale dumping'. Het 'Europees sociaal model', zo werd gesteld, moest behouden blijven. Een aanvankelijk misleidende gedachte was dat het oorspronkelijke voorstel (2004) geen betrekking zou hebben op het arbeidsrecht (70). Maar in het rapport over de dienstenmarkt etaleerde de Commissie haar bevinding dat het dienstenverkeer hindernissen ondervindt vanwege wettelijke bepalingen, zoals voorschriften en procedures inzake ... het arbeidsrecht (71). De Commissie was dan ook voorstander van een oorspronglandbeginsel (72). Op grond hiervan zou een lidstaat een buitenlandse dienstverlener niet zonder meer aan het eigen arbeidsrecht kunnen onderwerpen. Men vreesde de komst van goedkope Oost-Europese postbusbedrijven die dan met goedkope arbeidsvoorwaarden het Westen van Europa zouden opzoeken. De gewortelde idee dat landen controle houden over welk arbeidsrecht (minimaal) bij hen van toepassing is, stond op de helling.

Uiteindelijk werd het voorstel van de Europese Commissie substantieel gewijzigd (73). De Commissie zag de politieke gevoeligheid ervan in. De aanhef van het nieuwe ontwerp (2006) van dienstenrichtlijn las dan ook: "Het stemt volledig overeen met de conclusies van de Europese Raad, waarin benadrukt werd dat de interne markt voor diensten volledig operationeel moet worden gemaakt, terwijl het Europees sociaal model behouden moet blijven" (74). Uiteindelijk bepaalde de dienstenrichtlijn dat deze het arbeidsrecht "onverlet laat" (75). Het oorspronglandbeginsel werd geschrapt.

De overtreffende trap van de problematiek vindt men wellicht in de rechtspraak van het Hof in de zaken *Viking* (76) en *Laval* (77). In *Viking* kon vol-

(69) Persmededeling van het EP, nr. 20060210/IPR05172.

(70) Dat viel af te leiden uit de preambule: "Deze richtlijn gaat niet in op arbeidsrechtelijke vraagstukken als zodanig" (Preambule 58, *Voorstel Commissie*, 25 februari 2004, COM(2004)2def./2).

(71) *Verslag Commissie*, 30 juli 2002, COM(2002)441def., 78.

(72) A.A. DIJKHOFF, *Verwijzingsregels in het arbeidsrecht en de balans tussen werknemersbescherming en economische belangen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2006, 113 p.

(73) COM(2006)160def.

(74) COM(2006)160def.

(75) Artikel 1, zesde lid Richtl. 2006/123/EG.

(76) HvJ 11 december 2007, nr. C-438/05, *Viking*, *Jur.* 2007, I-10779.

(77) HvJ 18 december 2007, nr. C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, I-11767.

gens het Hof de vakbond een Finse ferrymaatschappij niet beletten om uit te vlaggen naar Estland, waar goedkopere arbeidsvoorwaarden golden. Het Hof aarzelde niet om daarbij de toets van het internemarktrecht uit te voeren en de door de vakbonden opgezette collectieve actie te onderwerpen aan een proportionaliteitstest (78). In de *Laval*-zaak mocht een Letse aannemer met Letse bouwvakkers in Zweden een bouwwerk uitvoeren, zonder de Zweedse lonen na te leven. De vakbonden die dit probeerden tegen te houden werden teruggefloten en door de Zweedse rechtbank veroordeeld tot een forse schadevergoeding.

Wanneer men de drie hogerbeschreven vormen van sociale dumping beschouwt, is het duidelijk dat het in *Viking* een zaak van 'delokalisatie' betrof. De zaak-*Laval* had dan weer betrekking op een situatie van 'substitutie'. Kortom, met alle nuance die ten aanzien van deze uitspraken nodig is (79), gaat het om twee situaties die vanuit sociaalpolitiek oogpunt als problematisch worden beschouwd.

2. FLEXIBILISERING

Op 22 november 2006 publiceerde de Commissie het Groenboek betreffende de modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21ste eeuw (80). Conform de opvatting van wat een groenboek moet zijn (81), beoogt het Groenboek Modernisering "de aanzet te geven tot een publiek debat in de EU over de vraag hoe het arbeidsrecht zich zodanig kan ontwikkelen dat het de doelstelling ondersteunt van de strategie van Lissabon om duurzame groei met meer en betere banen te verwezenlijken".

Zoals bekend, leidde het Groenboek tot een hoog oplopende discussie in Europa. Aansluitend bij de Lissabonagenda, zette het Groenboek immers aan vanuit de idee dat "*het reactievermogen van de Europese arbeidsmarkt moet verbeteren om de economische activiteit en de productiviteit te kun-*

(78) Cf. overweging 87 van het *Viking*-arrest.

(79) BARNARD lijkt te erkennen dat in minder uitgesproken omstandigheden, dan in *Viking* en *Laval*, het Hof wellicht meer sympathie zou hebben betoond voor de vakbonden. Dit is een houding die inderdaad tegenover de beslissingen kan worden aangenomen. Toch noemt BARNARD dit niet meer dan "*chinks of light*". Zie C. BARNARD, "Internal market v. labour market: a brief history" in M. DE VOS (ed.), *European Union internal market and labour law: friends or foes?* in *Social Europe Series*, nr. 19, Antwerpen, Intersentia, 2009, 42.

(80) COM(2006)708def.

(81) Volgens LENAERTS en VAN NUFFEL gaat het om "overlegdocumenten" "in antwoord op de vraag naar democratie, doorzichtigheid en subsidiariteit" die tot doel hebben "om het politiek debat in gang te zetten". Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 533.

nen opvoeren" (82). Het maakte dit Europese initiatief meteen verdacht. Daarbij kwam nog de expliciete verwijzingen naar '*flexicurity*' (een samen-trekking van '*flexibility*' en '*security*') (83), dat tot heel wat interpretaties aanleiding geeft. In combinatie met andere vereisten, vraagt flexicurity de mogelijkheid voor werkgevers om personeel flexibeler te kunnen inzetten, zoals daar bijvoorbeeld zijn de interne flexibiliteit (functioneel en nume-riek) of de externe flexibiliteit. Men spreekt dan in het laatste geval bijvoor-beeld over een soepel ontslagrecht, of in het eerste geval over aanpassingen van de functie en flexibele arbeidstijdenregelingen. Velen zien dit betoog dan ook als een verdere flexibilisering en deregulering van het arbeidsrecht. Er wordt gevreesd dat de analyse van het Groenboek kan leiden tot een af-bouw van verworven niveaus van bescherming die het huidige arbeidsrecht biedt.

De vraag is echter of de Europese Unie zomaar het 'arbeidsrecht' zoals we dat in de lidstaten kennen, zou kunnen afbouwen. Zelfs indien de lidsta-ten dit werkelijk en unaniem zouden willen, dan nog vraagt het Sociaal Hoofdstuk van het Europees Verdrag dat ze daarbij de sociale grondrechten "indachtig zijn" (84). Ten slotte zal men nog stuiten op het subsidiariteits-beginsel. Dit neemt niet weg dat het werkgelegenheidsbeleid, via hetwelk '*flexicurity*' zijn intrede kende, relatief sterk weegt ondanks de zachte en open coördinatiemethode.

Wat anderzijds vastgesteld moet worden, is dat het debat over de flexibi-lisering van (delen van) het arbeidsrecht al langer tot het discours van Eu-ropa behoort, alle andere aspiraties van sociaalpolitieke ontwikkelingen ten spijt. Niet alleen was er het betoog voor een neo-liberale aanpak van het sociaal beleid, dat vooral door het Verenigd Koninkrijk in de jaren '80 werd beargumenteerd. Ook in de jaren '90 bracht het Groenboek over een "*part-nership for a new organisation of work*" (85), de notie van verandering en de combinatie tussen flexibiliteit en zekerheid onder de aandacht (toen nog in het kader van ATKINSON's '*flexible firm*'). Uitspraken over bijvoorbeeld klassieke '*job security*' vindt men nauwelijks terug, en het verzekeren dat werknemers toch 'een baan' zouden hebben, nadat veranderingen waren doorgevoerd kadert men deze opvatting eerder in de opkomende notie van '*employability*' (inzetbaarheid). Sinds de millenniumwissel zijn aanpassings-vermogen, flexibiliteit en zekerheid dan ook blijvende terugkomers in de werkgelegenheidsstrategie (86). Het is in deze context dat het '*Kok-rapport*'

(82) COM(2006)708def., 3.

(83) In het Nederlands vertaald als 'flexizekerheid'. Cf. W. VANDEPUTTE, "Flexizekerheid: het beste van twee werelden?", TSR 2007, 330-358.

(84) Cf. art. 151 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

(85) COM(1997)128final, 30 p.

(86) Cf. COM(2002)416final en COM(2003)6final.

van 2003 kon uitnodigen dat lidstaten zich zouden beraden over het niveau van flexibiliteit in hun ontslagrecht. De notie flexicurity zou hierbij een belangrijke rol gaan spelen (87).

Zo verrassend is de teneur van de Europese Commissie in het Groenboek Modernisering (2006) dan ook niet. Maar de vraag is wel of de druk op het arbeidsrecht conformeert aan de aspiraties die vanuit een sociaal Europa zouden moeten uitgaan. Een van de doelstellingen van het Europese arbeidsrecht bestaat erin een bijdrage te leveren aan (eventueel nieuwe) marktgeoriënteerde doelstellingen, of althans daarin een plaats te vinden. Deze gedachte is niet nieuw (88). Het streven naar een balans tussen sociale bescherming en economische integratie is er altijd geweest. Dat impliceert ook een infunctiestelling van het arbeidsrecht voor meer competitiviteit en een efficiënte arbeidsmarkt (89).

3. VOORUITZICHTEN VAN HET EUROPESE ARBEIDSRECHT

Het lijkt erop dat zowel de kwestie van de sociale dumping als het vraagstuk van de de-regulering slechts behoorlijk kan aangepakt worden op het Europees niveau. Echter, de realisatie van een Europees sociaal model waarin de Europese Unie sterke bevoegdheden uitoefent in het arbeidsrechtelijke domein en daarbij het sociale niet alleen begrijpt in functie van economische aangelegenheden, vormt een hele uitdaging.

Het arbeidsrecht, in zijn ware kern, is nog steeds en voornamelijk een nationale, lidstatelijke materie. Het is gekoppeld aan nationale keuzes. De belangrijkste onderwerpen uit het arbeidsrecht zijn ofwel van het reguleringsbereik uitgesloten, ofwel het voorwerp van een Europees-verdragsrechtelijke unanimitéiseis. Wil FASE en Rogier DUK verwoordden de nog wijd gedeelde lidstatelijke rechtsopvatting "dat het nationale recht slechts her

(87) COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, "Towards common principles of flexicurity. More and better jobs through flexibility and security", COM(2007)359final, Brussel, 27 juni 2007, 22 p.

(88) Het lag reeds vervat in de beleidsvisies van Jacques DELORS in de jaren '90: "*Our employment systems have aged: by this term we mean the whole complex of issues made up nowadays by the labour market, labour legislation, employment policy, the possibilities of flexibility within or outside enterprises, the opportunities provided or not provided by the education and training systems, and social protection*", COM(93)700final, 11.

(89) F. HENDRICKX, "Regulating flexicurity and responsive labour law" in F. HENDRICKX (ed.), *Flexicurity and the Lisbon agenda: A cross-disciplinary reflection in Social Europe Series*, nr. 17, Antwerpen-Oxford, Intersentia-Portland, 123-161.

en der een Europees tintje heeft" (90). De te verwachten bijdrage van de Europese wetgever valt in deze denklijn eerder in de sfeer van beleidsopvattingen, coördinatie en complementariteit te verwachten. Er is dan eerder sprake van het beheren van verschillen en sociaal pluralisme in plaats van het voeren van een gemeenschappelijk beleid (91).

Het ligt voor de hand dat een Europese Unie met een zwaartepunt op lidstatelijk arbeidsrecht niet de enig denkbare oplossing is voor een eengemaakt Europa. Zo was harmonisatie dan ook gedurende lange tijd een hoofdmerk van het Europees project. Harmonisatie van sociale wetgeving als een preconditionie voor de realisatie van de interne markt, werd onder meer uitgedrukt in de visie van de Franse regering ten tijde van de onderhandeling van het Verdrag van Rome in de jaren vijftig. Harmonisatie was toen ook nog een meer realistisch begrip, gelet op het feit dat de originele zes lidstaten een gelijkaardig en lang niet zo uitgebouwd model van sociale bescherming hadden als nu (92). Een gunstig politiek klimaat in de jaren '70 gaf verder aanleiding tot de verklaring van de top van staatshoofden en regeringsleiders in Parijs in oktober 1972 dat het sociale beleid in de Europese Gemeenschap even belangrijk is als het tot stand komen van een economische en monetaire unie (93). Wie vertrouwd is met het Europese arbeidsrecht kent de verwijzing naar de 'gouden periode van harmonisatie', die werd gevoed door een sociaal actieprogramma dat door de Raad werd ingehuldigd met een resolutie van 21 januari 1974 (94). De term die toen gehanteerd werd was "harmonisatie door vooruitgang" (95). Vandaag de dag ligt harmonisatie niet meer besloten in de Europese sociale politiek. Integendeel, volgens sommigen kan men de Europese sociale politiek alleen maar begrijpen in de mate dat men zich radicaal van een federaal welvaartsstaatsidee distantieert (96). Nochtans is 'harmonisatie' een veelzijdig begrip en is de realiseerbaarheid ervan in de Europese sociale politiek afhankelijk van de invulling die men aan de notie geeft (97).

(90) W. FASE en R. DUK, "Komt het arbeidsrecht van de eenentwintigste eeuw uit Europa?", *SMA* 2000, 271-272.

(91) E. SZYZSZCZAK, "The evolving European employment strategy" in J. SHAW (ed.), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, Portland, 2000, 213.

(92) F.W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, MPIfG Working Paper 02/8, July 2002, 25 p.

(93) Ph. VAN PRAAG, "Trends and achievements in the field of social policy in the European Communities", *BCLR* 1973, nr. 4, 150.

(94) "Social Action Programme. Resolution of the Council of 21 January 1974", *BCLR* 1974, nr. 5, 135-187.

(95) "Harmonisation through progress".

(96) W. STREECK, "Neo-voluntarism: a new European social policy regime?" in F. SNYDER (ed.), *Constitutional dimensions of European economic integration*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996, 229.

(97) DEAKIN en REED spreken bijvoorbeeld van harmonisatie in functie van het wegwerken van ongewenste systeemcompetitie (S. DEAKIN en H. REED, "The contested

De Europese Unie wordt uiteraard geconfronteerd met verscheidenheid gesteund op politieke (vaak gelijk aan ideologische) diversiteit. Dit heeft tot gevolg dat elk Europees initiatief, met een relatief verregaande invloed op nationale sociale politiek, stuit op weerstand en nationale verworvenheden. Het ligt voor de hand dat Europese oplossingen voor gemeenschappelijke problemen zeer moeilijk of onmogelijk zijn. Er zijn dan twee evidente uitwegen: een eerste is het werken aan minimale voorschriften, het vastleggen van een *'floor of rights'*. Een andere is het beheren van de verscheidenheid, door louter de doelstellingen in plaats van middelen te harmoniseren.

Het lijkt erop dat de EU voor beide keuzes is gegaan. Nieuwe vormen van regulering of *'governance'* hebben hun intrede gedaan en laten ruimte voor verscheidenheid en voluntarisme. Een duidelijk voorbeeld van dit laatste is de strategie in verband met de werkgelegenheid (98). Dit systeem wordt gepromoot als de open methode van coördinatie (OMC). De literatuur stelt terecht dat met de OMC wordt aangetoond dat de juridische interventies in het domein van de sociale politiek wijzigden van harmonisatie naar coördinatie (99) en evolueren naar het beheren van verschillen en sociaal pluralisme eerder dan het voeren van een gemeenschappelijk beleid (100). Verder is er door de jaren heen een interessante ontwikkeling op het gebied van de sociale grondrechten. Met het Lissabonverdrag erkent de Europese Unie thans uitdrukkelijk de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000. De hoop voor het arbeidsrecht is, ondanks de relatief beperkte juridische werking van het Handvest, hierop gesteld (101).

meaning of labour market flexibility: economic theory and the discourse of European integration" in J. SHAW (ed.), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 83).

- (98) C. DE LA PORTE en Ph. POCHET: "New modes of governance can be referred to as 'the range of innovation and transformation that has been and continues to occur in the instruments, methods, modes and systems of governance in contemporary polities and economies, and especially within the European Union (EU) and its member states (both current and prospective)'". Zie C. DE LA PORTE en Ph. POCHET, "The European Employment Strategy: existing research and remaining questions", *Journal of European Social Policy* 2004, 71.
- (99) B.K. KELLER, "The Employment Chapter of the Amsterdam Treaty. Towards a new European Employment policy?" in R. BLANPAIN en M. WEISS (eds.), *Changing industrial relations & modernisation of labour law. Liber Amicorum in honour of Professor Marco Biagi*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, 234-235.
- (100) E. SZYZSCZAK, "The evolving European employment strategy" in J. SHAW (ed.), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, Portland, 2000, 213.
- (101) Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon, op 13 december 2007, Pb.C. 17 december 2007, afl. 306/01.

VI. DE GRONDSLAGEN VAN HET ARBEIDSRECHT

Tegen de achtergrond van de geformuleerde uitdagingen, komt dus de vraag naar de modernisering van het arbeidsrecht. De toekomst van het arbeidsrecht is zodanig aan de orde, dat auteurs die het overigens zeer goed menen met het arbeidsrecht, enigszins schrikwekkende vragen stellen over de "*death of labour law*" (102). Nu is het niet erg dat men zich met de eigen sterfelijkheid confronteert, maar er is duidelijk wat aan de hand. Het toont aan dat de discussie over het arbeidsrecht, en de rol en functie van dit arbeidsrecht in de 21ste eeuw, vrij wezenlijk is. Het kan dan ook niet anders dan dat men, gedreven door de geschetste ontwikkelingen en uitdagingen, het arbeidsrecht terug naar zijn grondslagen moet brengen en van daaruit weer een weg moet vinden tot een zinvolle invulling van de functies en rol van dit arbeidsrecht. Dit brengt ons dan ook bij de arbeidsrechtelijke grondslagen en functies.

In deze discussie komen aannames en normatieve premissen aan bod. Het lijkt enerzijds niet moeilijk, maar anderzijds is het allerm minst evident, om de grondslagen van het arbeidsrecht degelijk te duiden. De arbeidsrechtelijke literatuur lijkt niettemin steeds meer de behoefte aan een grondslagendiscussie te vergroten.

Met een onderzoek naar de grondslagen wordt hier de vraag bedoeld: 'waarom is er arbeidsrecht'? Wat zijn daarvan de bestaansredenen? Dit is waardengeoriënteerd. De grondslagen zullen namelijk worden ingevuld vanuit fundamentele waarden waaraan het arbeidsrecht een bijdrage wil leveren, daarin zijn (fundamentele) grondslagen vindt, en in het licht van de realisatie daarvan zijn (fundamentele) doelstellingen formuleert. Vanuit die grondslagen wordt dan gepeild naar de functies van dit arbeidsrecht. Daarmee wordt de rol van het arbeidsrecht verduidelijkt. De uitspraak dat arbeidsrecht beschermend recht is ten voordele van de werknemer, zoals zal blijken, is niet alleen erg onvolledig, maar zegt vooral wat het arbeidsrecht doet, en niet waarom het dat doet. Hieronder wordt verder doorheen het arbeidsrecht gekeken en daarin verschijnen de cruciale concepten menselijke waardigheid en sociale rechtvaardigheid.

(102) Cf. K. EWING, "The death of labour law?", *OJLS* 1988, 293-300; M. VRANKEN, *Death of labour law? Comparative perspectives*, Melbourne, Melbourne University Press, 2009, 270 p.

1. MENSELIJKE WAARDIGHEID

1.1. Labour is not a commodity

Arbeid is geen koopwaar. Dit is een van de meest oorspronkelijke en fundamentele beginselen van het arbeidsrecht op mondiaal vlak. Het staat met zoveel woorden te lezen in het Verdrag van Versailles (1919) waarin tot de oprichting van de Internationale Arbeidsorganisatie werd overgegaan, als deel van het grotere vredesproject. Artikel 427 van dit verdrag stelt: *"that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce"*.

De uitdrukking *"labour is not a commodity"* wordt in haar oorsprong toegeschreven aan John Kells INGRAM, een Ierse econoom uit de 19de eeuw, die voor wat betreft arbeid de toepassing van de klassieke vrijemarktprincipes verwierp (103). Tijdens zijn toespraak voor de Britse vakbond die hem daartoe uitnodigde, verkondigde INGRAM het volgende:

"Our views of the office of the workman must also be transformed and elevated. The way in which his position is habitually contemplated by the economists, and indeed by the public, is a very narrow, and therefore a false one. Labour is spoken of as if it were an independent entity, separable from the personality of the workman. It is treated as a commodity like corn or cotton' – the human agent, his human needs, human nature, and human feelings, being kept almost completely out of view. Now there are, no doubt, if we carry our abstractions far enough, certain resemblances between the contract of employer and employed, and the sale of a commodity. But by fixing exclusive, or even predominant attention on these, we miss the deepest and truly characteristic features of the relation of master and workman – a relation with which moral conditions are inseparably associated. As in science it is the method we pursue on which the value of our investigations will in the long run depend, so in matters of conduct the point of view at which we place ourselves tends to determine the character of our whole procedure. And by viewing labour as a commodity, we at once get rid of the moral basis on which the relation of employer and employed should stand, and make the so-called law of the market the sole regulator of that relation" (104).

(103) P. O'HIGGINS, "Labour is not a commodity – an Irish contribution to International Labour Law", *Ind.L.J.* 1997, 225.

(104) J.K. INGRAM, "Work and the workman: an address to the Trades' Union Congress", *Journal of the Statistical and Social Inquiry Society of Ireland* 1880-81, 106-123 (citaat op p. 109).

Het zou dit gedachtengoed zijn dat de Amerikaanse delegatie ten tijde van het opstellen van het Verdrag van Versailles inspireerde om de uitdrukking "*labour is not a commodity*" in het verdrag op te nemen. De uitdrukking werd weliswaar onder druk van de Britse instanties afgezwakt tot '*not merely a commodity*' (105). Maar sinds de Verklaring van Philadelphia (1944), die als bijlage bij de constitutie van de Internationale Arbeidsorganisatie is opgenomen, hanteert men het ongestoorde "*labour is not a commodity*".

De Amerikaanse invloed in dit internationaal beginsel, valt niet te onderschatten. Het gedachtengoed van waaruit de Internationale Arbeidsorganisatie werd opgericht, vormde zich in de schoot van een internationale expertencommissie, die met de voorbereiding van het 'sociaal hoofdstuk' van het vredesverdrag werd belast. De Amerikaanse president Woodrow WILSON zorgde ervoor dat Samuel GOMPERS, zijn landgenoot maar vooral vakbondsmen, voorzitter werd van deze expertencommissie (106) en die kon niet anders dan gecharmeerd zijn door de zienswijzen van INGRAM. GOMPERS was dan ook reeds vertrouwd met de Amerikaanse Clayton Antitrust Act (1914) die de regel bevatte dat "*the labor of a human being is not a commodity or article of commerce*" (107).

Vermeldenswaard – en dit zal wellicht verder duidelijker worden – is dat het Verdrag van Versailles ook de ruimere term "*social justice*" hanteert, die vertaald kan worden als sociale rechtvaardigheid (108). In het licht hiervan verwondert het ook niet dat ook de sociaalchristelijke leer als een bron van inspiratie kan worden gezien van de fundamenteën van het internationaal arbeidsrecht, zoals verwoord in de Encycliek *Rerum Novarum* (1891) van Paus Leo XIII waarin sociale rechtvaardigheid tevens vooropstaat (109).

(105) P. O'HIGGINS, "Labour is not a commodity – an Irish contribution to International Labour Law", *Ind.L.J.* 1997, 229, in het bijzonder vn. 23.

(106) J. VAN DAELE, "Engineering social peace: networks, ideas and the founding of the International Labour Organisation, *Int'l Rev.Soc.Hist.* 2005, 449.

(107) Sectie 17 van de Clayton Antitrust Act, 14 oktober 1914.

(108) Verdrag van Versailles, Preambule bij Deel XIII: "universal peace (...) can be established only if it is based upon social justice".

(109) Engelse vertaling van het Vaticaan, geconsulteerd op: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_en.html op 6 januari 2009. Zie een bekende passage in paragraaf 45 van de Encycliek: "*Let the working man and the employer make free agreements, and in particular let them agree freely as to the wages; nevertheless, there underlies a dictate of natural justice more imperious and ancient than any bargain between man and man, namely, that wages ought not to be insufficient to support a frugal and well-behaved wage-earner. If through necessity or fear of a worse evil the workman accept harder conditions because an employer or contractor will afford him no better, he is made the victim of force and injustice*".

1.2. But also a commodity

"Labour is not a commodity, but also a commodity". Arbeid is geen koopwaar, maar ook koopwaar. Dit is een wellicht wat uitdagende stelling voor velen die met arbeidsrecht bezig zijn. Hiermee bedoelen we aan te duiden dat arbeid niet uitsluitend, maar ook, een functie is van de markt. Arbeid is volgens het Benelux Sociaalrechtelijk Woordenboek een "werkzaamheid met een productief karakter" (110). En daarvoor kan een prijs worden betaald. Arbeid creëert toegevoegde waarde of heeft een economische waarde of ruilwaarde. In arbeid liggen verschillende waarden vervat, met inbegrip van een economische waarde op de markt (111).

Uiteraard is arbeid niet zomaar een koopwaar. Dit heeft te maken met de vaststelling dat arbeid moeilijk kan worden losgedacht van de mens die de arbeid verricht (112). Het is deze intrinsieke relatie tussen arbeid en de arbeidende mens die een volledige koopwaargedachte belet.

Men kan arbeid dan ook opvatten als een 'onvolledige koopwaar'. Dit vindt aansluiting bij RADIN, die werkt met noties van onvervreemdbaarheid of onverhandelbaarheid. Hiervoor hanteert ze de term *"market-inalienability"*, dat kan worden opgevat als een idee van *"noncommodification"*. Door iets onverhandelbaar te maken, stellen we dat het niet kan worden opgevat als koopwaar (113). Van belang is te wijzen op de negatieve manier van formulering. Ook de uitdrukking "arbeid is geen koopwaar" is negatief geformuleerd.

Echter, niet voor alles kan men zomaar stellen dat het zuiver in de categorie van *"commodities"* of *"non-commodities"* thuishoort. Daarom maakt RADIN terecht een onderscheid tussen *"complete"* en *"incomplete commodification"*. Dit laatste kan gelden voor iets waarvan men vindt dat het niet volledig aan de markt kan worden onderworpen, doch wel gedeeltelijk. Het is

(110) Arbeid: "Werkzaamheid met een productief karakter, welke zowel zelfstandig als in een verhouding van ondergeschiktheid, zoals bij arbeidsovereenkomst, kan worden verricht". *Benelux Sociaalrechtelijk Woordenboek*, Brussel, Secretariaat-Generaal der Benelux, 1958, 42.

(111) Sommigen spreken van "use value": *"So it seems that labour power has just those properties that qualify it to be called a 'commodity'. It has a use value and it is a product"*. G. ROBINSON, "Labour as a commodity", *Philosophy* 1996, 138.

(112) Een bekende gedachte is dat *"a worker's labour is no more something separate and apart from him than is his sweat"* (J.O. NELSON, "That a worker's labour cannot be a commodity", *Philosophy* 1995, 158).

(113) M.J. RADIN, "Market-inalienability", *Harv.L.Rev.* 1987, 1855: *"By making something nonsalable we proclaim that it should not be conceived of or treated as a commodity"*.

dan “*neither fully commodified – nor fully removed from the market*” (114). Arbeid hoort in deze kwalificatie thuis.

De uitdrukking van het Vredesverdrag van Versailles laat deze nuancering wellicht goed zien wanneer het arbeid beschouwt als ‘*not merely a commodity*’. Deze opvatting laat ook toe om de overgang te maken naar de grondslag van de uitspraak dat arbeid geen koopwaar is. We halen hiervoor RADIN opnieuw aan (115):

“Work and housing are possible examples of incomplete commodification. With respect to the participant aspect, consider that for many of us, work is not only the way we make our living, but also a part of ourselves. What we hope to derive from our work, and the personal importance we attach to it, are not understandable entirely in money terms, even though we demand and accept money. These ideals about work seem to be part of our conception of human flourishing, and thus the loss of this personal aspect of work would be considered inhumane”.

Dit verduidelijkt de gedachte dat arbeid nog andere waarden herbergt dan een marktwaarde en dus in het licht van andere normen en criteria moet geëvalueerd worden dan deze die eigen zijn aan een (vrije) markt. Zoals hoger aangeduid, houdt dit verband met de onafscheidelijkheid van mens en arbeid. Nog anders gesteld, het aanwijzen van het beginsel “arbeid is geen koopwaar” onder verwijzing naar de grondslag van het arbeidsrecht, laat toe de niet-markt-betekenis van arbeid te erkennen en derhalve erkenning te hebben voor de persoon achter de arbeid.

De discussie over de (ont-)koppeling van mens en arbeid is van belang, maar in zekere zin ook problematisch. Is de kwestie niet veel verfijnder dan dat het hierboven in de theorie lijkt? In een moderne setting, getuigen arbeidsverhoudingen steeds meer van complexiteit en diversiteit. Dit kan relevant zijn voor de discussie van de ‘de-commodificatie’ van arbeid. Waar contracteert men precies voor in een arbeidsrelatie? Gaat het om de arbeidende mogelijkheden van de mens? Of ‘koopt’ men beschikbaarheid, dan wel ondergeschiktheid en gehoorzaamheid van de werknemer? Gaat het om vaardigheden en creativiteit? Persoonlijkheid? Een afgewerkt product (116)? Of eventueel een combinatie van dit alles?

(114) *Ibid.* 1855.

(115) *Ibid.* 1918.

(116) A. O'DONNELL en R. MITCHELL, “Participation, exchange, and rights and obligations, in labour markets and work relationships” in C. ARUP, P. GAHAN, J. HOWE, R. JOHNSTONE, R. MITCHELL en A. O'DONNELL (eds.), *Labour law and labour market regulation: essays on the construction, constitution and regulation of labour markets*, Annandale, The Federation Press, 2006, 513.

Het onderscheid tussen arbeid en werk is hierbij interessant (117). Het lijken synoniemen maar in het Benelux Sociaalrechtelijk Woordenboek wordt een onderscheid gemaakt (118). De notie 'arbeid' duidt er op de arbeidsverrichtingen, hetzij de "*operae*". Voor het resultaat van de arbeid, het "*opus*", wordt dan de term 'werk' gebruikt. Het lijkt erop dat arbeid als notie een meer menselijke connotatie heeft dan werk. Arbeid kan refereren naar de arbeidende mens en is niet helemaal vrij van een romantisch idee (119). Gevoelsmatig wordt daarin de oppositie tussen arbeid en kapitaal gesitueerd. Toch wordt met de notie werk ook gerefereerd naar een proces waarbij menselijke creativiteit verweven wordt met manuele handelingen. Daaruit kunnen goederen of diensten voortkomen (120). Intuïtief is de notie werk meer van de mens losgemaakt. Arbeid verwijst meer naar een *doen*. Werk meer naar een *hebben*. De vraag is of dit onderscheid nog steeds zo duidelijk te trekken valt. Ook in het arbeidsrechtelijke spraakgebruik worden deze begrippen soms zodanig gehanteerd dat ze er in beginsel omwisselbaar lijken (121).

1.3. De stap van en naar menselijke waardigheid

Op grond van het voorgaande, ligt de stap naar menselijke waardigheid als grondslag voor het arbeidsrecht voor de hand. De uitdrukking dat arbeid geen koopwaar is, heeft een nauwe band met de menselijke waardigheid. Het respect voor of de verwezenlijking van de menselijke waardigheid kan dan ook als grondslag of fundamentele doelstelling van het arbeidsrecht worden beschouwd (122). In treffende woorden heeft LEVENBACH het als volgt gesteld:

"De arbeidsverhouding is niet een slechts op vermogen betrekking hebbende verhouding tussen mensen, doch brengt de arbeidende mens persoonlijk in ondergeschikking, onder gezag; om zijn menselijke waardigheid daarbij ten volle tot haar recht te doen komen behoeft deze bescherming door het recht" (123).

(117) In het Engels verstaan als het onderscheid tussen "*labour*" en "*work*".

(118) *Benelux Sociaalrechtelijk Woordenboek*, Brussel, Secretariaat-Generaal der Benelux, 1958, 42.

(119) G. STANDING, *Beyond the new paternalism. Basic security as equality*, Londen, Verso, 2002, 243.

(120) G. STANDING, o.c., 243-244.

(121) Men denke aan 'overwerk' of 'telewerk' versus 'nachtarbeid' en 'huisarbeid'.

(122) M. VAN PUTTEN spreekt van "meest fundamentele doelstelling" van het arbeidsrecht. Zie M. VAN PUTTEN, *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 146-154.

(123) M.G. LEVENBACH, "Veertig jaar arbeidsrecht" in H.L. BAKELS, *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer, Kluwer, 1977, 26.

De koppeling van het beginsel 'dat arbeid geen koopwaar' is, met de menselijke waardigheid, doet teruggrijpen naar een bekende uitspraak van KANT (124):

"Everything in the realm of ends has either a *"price"* or a *"dignity"*. That has a PRICE in the room of which something as an equivalent may be put; but that which is above all price, and admits not substitution by an equivalent, has a DIGNITY.

What is subservient to human wants and wishes has a market-price; and what, when there is no want, serves only to gratify a taste (*i.e.*, a complacency in stimulating the aimless play of fancy), has a fancy-price. But that which constitutes the condition, under which alone anything can be an end in itself, has not merely a relative value, *i.e.*, a dignity.

Now, morality is the condition under which alone an Intelligent can be figured as an end in himself, since by it alone can he become a legislator in the *realm of ends*. Wherefore morality, and humanity in so far as it is susceptible of that morality, is alone that which has the dignity".

Het arbeidsrecht is dus een (noodzakelijke) stap naar (meer) menselijke waardigheid voor de mens in relatie tot zijn arbeid. Tegelijkertijd noodzaakt de menselijke waardigheid als grondslag een stap naar het arbeidsrecht. Het grondrecht op menselijke waardigheid is daarbij een fundamenteel positief-rechtelijk vertrekpunt. In het licht van dit grondrecht gaat men ervan uit dat het arbeidsrecht als doel heeft het grondrecht om een menswaardig leven te leiden, te concretiseren in de sfeer van de arbeidsverhoudingen (125). Dit grondrecht heeft, zoals bekend, ook in de Belgische rechtsorde een plaats gekregen in artikel 23 van de Grondwet, waarin het recht van eenieder om een menswaardig leven te leiden, uitgedrukt is.

De idee van de 'menselijke waardigheid' is een vrij algemene en abstracte notie. De hogervermelde verwijzing naar KANT zorgt slechts voor een begin van begrijpen ervan. Er treden wel enkele elementen naar voor. Menselijke waardigheid heeft te maken met respect, integriteit, autonomie, zelfcontrole, maar ook persoonlijke ontplooiing, deelname aan het maatschappelijke leven en, in meer abstracte vorm, vrijheid (126). De nabijheid met de

(124) H. CALDERWOOD (ed.), *The Metaphysics of Ethics by Immanuel Kant, translated by J.W. Semple, edited with introduction by Rev. Henry Calderwood*, Edinburgh, T. & T. Clark, 1886, 3rd ed., 48-49.

(125) M. RIGAUX, "De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht" in G. COX en M. RIGAUX (eds.), *De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 4.

(126) Cf. J. RABKIN, "What we can learn about human dignity from international law", *Harv. J.L.&Pub.Pol'y* 2003, 145-168 (in het bijzonder 'autonomie' (147), 'respect'

notie vrijheid, wordt getoond in de opvatting dat menselijke waardigheid ook bezorgd is om het zich kunnen wijden aan de realisatie van zijn levensidealen (127).

2. SOCIALE RECHTVAARDIGHEID

Het lijkt erop dat we met de menselijke waardigheid, vertaald in het arbeidsrecht naar het beginsel 'arbeid is geen koopwaar', als grondslag van het arbeidsrecht, nog een dimensie missen. Men dient namelijk ook de sociale rechtvaardigheid als grondslag van het arbeidsrecht vast te stellen. Hierin dient ook een begrip van sociale gelijkheid te worden gevonden.

Het begrip sociale rechtvaardigheid komt in de arbeidsrechtelijke context vaak naar voor. Het 'sociaal hoofdstuk' van het hoger genoemde Vredesverdrag van Versailles van 1919 zette sociale rechtvaardigheid even centraal als het beginsel dat arbeid geen koopwaar is: "*Whereas the League of Nations has for its object the establishment of universal peace, and such a peace can be established only if it is based upon social justice*". De idee van sociale rechtvaardigheid werd door de ILO recent nog gereactiveerd. Op 10 juni 2008, ter gelegenheid van de 97ste zitting van de Internationale Arbeidsconferentie, nam de Internationale Arbeidsorganisatie een verklaring aan "betreffende de sociale rechtvaardigheid voor een billijke mondialisering" (128). Ook deze verklaring, die streeft "naar een betere en evenwichtigere spreiding", "sociale rechtvaardigheid", en "ongelijkheid" (129), behoort tot de grondslagen en constitutionele doelstellingen van de Internationale Arbeidsorganisatie (130).

(150), 'zelfcontrole' (166)). Zie voor een uitgebreide invulling O. SCHACHTER, "Human dignity as a normative concept", *Am.J.Int'l L.* 1983, 848-854. Voor een vergelijking met de notie vrijheid kan worden verwezen naar I. BERLIN, *Four essays on liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, 121, 122 en 131: Negatief: "*the degree to which no man or body of men interferes with my activity*" en positief: "*derives from the wish on the part of the individual to be his own master*".

(127) E. CLAES, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagentheoretische benadering in Samenleving, Criminaliteit en Strafrechtspleging*, nr. 24, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2003, 358.

(128) Verklaring van de IAO betreffende de sociale rechtvaardigheid voor een billijke mondialisering. Goedgekeurd door de Internationale Arbeidsconferentie tijdens haar zevenennegentigste zitting op 10 juni 2008 in Genève, Genève, Internationaal Arbeidsbureau, 2008, 26 p.

(129) Verklaring van de IAO betreffende de sociale rechtvaardigheid voor een billijke mondialisering. Goedgekeurd door de Internationale Arbeidsconferentie tijdens haar zevenennegentigste zitting op 10 juni 2008 in Genève, Genève, Internationaal Arbeidsbureau, 2008, 8.

(130) Director General's Announcement, *ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, IGDS nr. 36, Genève, International Labour Office, 13 augustus 2008, 11 p.

De eigenschap van de sociale rechtvaardigheid, en het streven ernaar, als grondslag van het arbeidsrecht, is dat het zich veel meer dan de menselijke waardigheid oriënteert op een verdelend mechanisme en verdelende rechtvaardigheid (131). Voor sommigen legt sociale rechtvaardigheid de klemtoon daarbij niet alleen op het verdelen van welvaart maar ook op het verdelen van macht (132).

Sociale rechtvaardigheid verwijst, anders – of zeker meer – dan menselijke waardigheid, naar een ‘staat’ of ‘stand van zaken’. Het is doorgaans niet iets dat men ten aanzien van een individu afzonderlijk vrijwaart, maar ten aanzien van collectieve posities, of ten aanzien van de samenleving genomen als geheel (133). Sociale rechtvaardigheid laat dan ook meer aandacht gaan naar de maatschappelijke dimensie van het arbeidsrecht in de Hegeliaanse gedachte dat arbeid inherent sociaal is en reciprociteit impliceert (134).

De overtuiging is hier dus dat met de menselijke waardigheid als grondslag voor het arbeidsrecht niet kan worden volstaan. Deze grondslag wordt vervolmaakt met de sociale rechtvaardigheid.

Zowel sociale gelijkheid, als distributieve en commutatieve rechtvaardigheid, worden als een onderdeel van de sociale rechtvaardigheid gezien. Sommigen zullen deze ideeën reeds in het concept van de menselijke waardigheid willen begrijpen. Maar dit ligt allerm minst voor de hand. Zo merkt RUSSEL op dat de uitspraak van KANT om elk individu ook steeds als doel te beschouwen, geen manier aangeeft om tot een beslissing te komen als de belangen van twee personen tegenstrijdig blijken te zijn. “Als zij beiden doel op zichzelf zijn, hoe kunnen wij dan een principe formuleren op grond waarvan kan worden beslist wie moet toegeven? Een dergelijk principe zal meer op de gemeenschap georiënteerd moeten zijn dan op het individu.

(131) Hoewel sommigen ook in het kader van menselijke waardigheid de distributieve rechtvaardigheid noemen voor zover die betrekking heeft op essentiële behoeften van de mens. Zie: O. SCHACHTER, “Human dignity as a normative concept”, *Am.J.Int’l L.* 1983, 851.

(132) A. DAVIES, *Perspectives on labour law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 17. Zij verwijst ook naar de uitspraak van H. COLLINS dat het traditioneel Britse *collective laissez-faire*-beginsel in wezen via de tegenmacht van de vakbonden streefde naar sociale rechtvaardigheid. Zie H. COLLINS, “The productive disintegration of labour law”, *Ind.L.J.* 1997, 306.

(133) M. NOVAK, “What is social justice?”, *Cap.U.L.Rev.* 1992, 881.

(134) “For HEGEL labour is not just an individual activity but inherently social. A man produces not merely to satisfy his own needs but also on a reciprocal basis for others” (R. STERN, *Hegel’s philosophy of nature and philosophy of spirit*, Londen, Routledge, 1993, reprinted 2001, 230).

In de ruimste zin van het woord zal het een beginsel van rechtvaardigheid moeten zijn" (135).

In een concept van rechtvaardigheid, sluit de koppeling tussen menselijke waardigheid en rechtvaardige verdeling weliswaar zeer nauw (136). Sommigen hebben zelfs voor de term 'sociale waardigheid' gepleit (137). Toch lijkt er ook een tegenstrijd te kunnen bestaan tussen een menselijkewaardigheidsdenken en een (sociaal) gelijkheidsdenken. Zo zou men kunnen verdedigen dat de gelijkheidsidee geen fundamentele rol speelt in het bepalen van rechtvaardigheid. Hierin ligt de verwerping van de stelling dat rechtvaardigheid zou moeten worden opgevat in het kader van een relationele of comparatieve invalshoek. In de woorden van FRANKFURT is namelijk het belang dat mensen een goed leven hebben, groter dan het belang dat zij erbij hebben om hun leven met dat van anderen te vergelijken (138). Toch lijkt deze auteur daarbij vooral kritiek te leveren op het *overmatig* vergelijken van mensen, in plaats van meer aandacht te hebben voor de *echte* noden van mensen. In die stelling zit een belangrijke grond van waarheid. Het is van groter belang dat iedereen voldoende heeft, of beter gesteld, dat ieders leven aan de maat is, dan dat iedereen gelijk is, want de gelijkheid kan ook bestaan uit (een gelijke hoeveelheid) ellende (139). Echter, vanuit een strikt niet-egalitaire visie is de standaard betreffende de menselijke waardigheid niet relationeel doch uitsluitend absoluut. En de vraag blijft of men daarbij niet te snel vervalt in 'sufficiëntisme' (140). Het blijft inderdaad een uitdaging om het (grond)recht op menselijke waardigheid te maximaliseren. Vaak worden de aspiraties ervan uitgelegd via een minimale invulling. Het grondrecht op menselijke waardigheid krijgt vanzelfsprekend een tijdsge-

(135) B. RUSSEL, *Geschiedenis van de Westerse filosofie in verband met politieke en sociale omstandigheden van de oudste tijd tot heden*, 15de druk, Nederlandse vertaling, Servire, 1992, 210.

(136) Ook in deze uitspraak (met mijn cursivering): At the same level of generality, and of no less importance, is the right of each member of the community to a fair share of scarce resources, or to a decent minimum of resources necessary for that individual's sustenance, development, and flourishing (C. FRIED, "Individual and collective rights in work relations: reflections on the current state of labour law and its prospects", *U.Chi.L.Rev.* 1984, 1020).

(137) Zie het pleidooi van R. BEN-ISRAEL voor het concept 'social dignity' in R. BEN-ISRAEL, "The rise, fall and resurrection of social dignity" in R. BLANPAIN (ed.), *Labour law, human rights and social justice, Liber Amicorum in Honour of Ruth Ben-Israel*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 1-7.

(138) H. FRANKFURT, "Equality and Respect", *Social Research* 1997, 3-15.

(139) Cf. "The fundamental error of egalitarianism lies in supposing that it is morally important whether one person has less than another regardless of how much either of them has" (H. FRANKFURT, "Equality as a moral idea" in D. MATRAVERS en J. PIKE (eds.), *Debates in contemporary political philosophy. An anthology*, New York, Routledge, 2003, 91).

(140) Als iedereen voldoende heeft, *why care?*

bonden invulling. Maar, zo wordt gesteld, het na te streven doel is dat veel minder, wat wil zeggen dat het in elke tijd mogelijk zal zijn te bepalen wat *minimaal* noodzakelijk is om van een menswaardig leven te kunnen spreken (141).

Langs de andere kant hoeft het aanvaarden van gelijkheid, als leidraad voor een rechtvaardige samenleving, niet *per se* een Benthams utilitarisme (142) op te leveren. Een interessante en wellicht gematigde notie is namelijk het 'constitutief egalitarisme'. Volgens deze benadering streven we gelijkheid na op basis van morele gronden, omdat we vinden dat bepaalde ongelijkheden onrechtvaardig zijn. Gelijkheid heeft derhalve waarde, hoewel die waarde extrinsiek is, omdat ze voortvloeit uit een hoger moreel principe van gelijke waardigheid en respect. Het betreft nochtans geen instrumentele gelijkheidsgedachte, omdat de waarde van gelijkheid uit zichzelf voortkomt en geen louter instrument is om een andere waarde te bereiken (143). Kortom, volgens deze visie staat genoeg niet noodzakelijk gelijk met voldoende. Wellicht kan men op deze wijze de voor velen intuïtief aanvaarde stelling ondersteunen, dat werknemers niet alleen aanspraak hebben op een voldoende hoog loon, in het licht van bestaanszekerheid, maar ook op een loon dat in een eerlijke verhouding staat ten aanzien van wat andere werknemers verdienen, of zelfs in verhouding staat tot hun toegevoegde waarde aan een economische bedrijvigheid. Voorts kan men ook niet altijd vanuit weelde redeneren. Zo helpt een verdelend principe ons ook vooruit in gevallen waarin goederen of middelen schaars zijn (144).

3. DE MARKTECONOMIE

Een uitdagende kwestie is de positie van de markteconomie in het grondslagendebat van het arbeidsrecht. De vraag of de (vrije)markteconomie als een grondslag van het arbeidsrecht kan worden beschouwd, kan enigszins verrassend lijken of zelfs verwerpelijk. Het arbeidsrecht wordt traditioneel juist gezien als een zich afzetten tegen de vrijemarktprincipes, zoals hoger is aangegeven. Tegelijkertijd komt de link met de vrije markt relatief dichtbij,

(141) Mijn cursivering van G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 409.

(142) Waarmee ik verwijs naar een calculatieve idee waarin de belangen van iedereen op dezelfde manier aan bod dienen te komen ongeacht de maatschappelijke waarde van die belangen of de materiële situatie of context waarin elk individu zich bevindt.

(143) Over het verschil tussen de instrumentele waarde *versus* constitutieve waarde van gelijkheid in functie van "fairness": J. MOSS, "Egalitarianism and the value of equality", *Journal of Ethics and Social Policy*, Discussion Note, september 2009, 5.

(144) C. FRIED, "Individual and collective rights in work relations: reflections on the current state of labour law and its prospects", *U.Chi.L.Rev.* 1984, 1012.

wanneer men aanvaardt dat arbeid niet alleen, maar ook koopwaar is, met andere woorden een economische waarde heeft op de markt waar het arbeidsrecht niet anders dan rekening mee kan houden. Maar de vraag hoeft uiteraard niet de mogelijkheid te ontkennen van een arbeidsrecht dat aanwezig is in een ander dan het marktsysteem.

Aan de orde is eerder of het arbeidsrecht, zoals we dat kennen, niet slechts tot stand is gekomen of kon komen op, of binnen de aanvaarding van, een markteconomisch gegeven. Wellicht moet men antwoorden dat de abstracte mogelijkheid van het arbeidsrecht niet afhangt van een systeem van (vrije of sociale) markteconomie, maar dat het arbeidsrecht zoals we dat *in concreto* kennen, wel een functie heeft binnen dergelijk systeem. Dat de aanwezigheid van een (vrije) markteconomie geen bestaansvoorwaarde is voor het arbeidsrecht *in abstracto* volgt immers uit het gegeven dat het arbeidsrecht ook in vele niet-marktconforme situaties gelding maakt. Daarbij sluit de opvatting aan dat de regelingen van arbeidsverhoudingen in de overheid ook deel (zouden moeten) uitmaken van het arbeidsrecht, hoewel men in dat verband doorgaans spreekt van het ambtenarenrecht (145).

Anderzijds lijkt de rol van de vrije markt in de grondslagenconceptie van het arbeidsrecht steeds prominenter naar voren te komen. Dit gebeurt zeker in tijden waarin wordt gedacht in functie van economische competitiviteit waaraan ook rechtsregels dienen te beantwoorden (146). Maar ook min of meer klassieke denkmodellen in het arbeidsrecht, gaan uit van machtsposities die uit de markt kunnen ontstaan en waarbij het erop aankomt om via collectieve druk een groter deel van de winst van de private onderneming naar zich toe te trekken, teneinde aan de noodzakelijke levensstandaard van de werkende tegemoet te komen. De '*collective laissez-faire*' is er grotendeels op gesteund. De vorming van vakbonden zal weliswaar door de neo-klassieke economie als een schending van het marktprincipe worden beschouwd, maar de functie van het collectieve machtsblok bestaat wel om in te spelen op de betere marktpositie die de werkgever doorgaans van bij het begin heeft. Of nog, zoals een auteur het simpel stelt: "*countervailing*

(145) Zie over de bijzondere positie van ambtenaren in het sociaal recht, het proefschrift van B.B.B. LANTING, *Sociale zekerheid van ambtenaren en overheidswerknemers. Een onderzoek naar het proces van normalisering van het socialezekerheidsrecht in de sectoren Rijk, Gemeenten en Onderwijs*, Apeldoorn/Antwerpen, Maklu, 2009, 556 p.

(146) De idee van "regulating for competitiveness" is niet vreemd aan de Europese sociaalpolitieke benadering. Het Europese Groenboek betreffende Sociale Politiek van 1993 stelde reeds: "*The issues under discussion include the need for greater labour market adaptability, the suggestion that wage differentials should be widened and that wages should vary more in function of economic conditions, and questions about whether social benefits should be reduced or targeted so as to provide greater incentives to seek work*".

power, the raison d'être of the trade union, requires that there be a power to countervail" (147). Of nog anders uitgedrukt, als arbeidsrecht een *corrigendum* is op de vrije markt, dan kan het niet anders dan dat het arbeidsrecht deze vrije markt vooronderstelt. In die zin kan het arbeidsrecht dan ook gezien worden als een exponent van de machtsverhoudingen in een vrije markt. Men kan verder verwijzen naar FINKIN'S uitspraak dat het arbeidsrecht een antwoord is op de voortdurend "veranderende vereisten van een sociaal dynamisch aspect van modern kapitalisme" (148). Deze dialectiek veronderstelt evenzeer een beginsel van de vrije markt. En wat te doen met de uitdrukking dat (nieuw of geharmoniseerd) arbeidsrecht zal voortvloeien uit de werking van de (interne) markt (149)?

Wanneer men de grondslagenkwestie ziet als een vraag naar de bestaansreden van (het) arbeidsrecht, 'waarom is er arbeidsrecht', dan zou men in de marktordening een grondslag kunnen vinden. Dit arbeidsrecht verschijnt dan als een correctief of zelfs als een sociaal-concurrentierecht (150). Nochtans dient men te wijzen op het onderscheid tussen de vrije markt als een gegeven (descriptief) en de vrije markt als een noodzaak (normatief) en hiermee valt rekening te houden bij de opbouw van de grondslagen van het arbeidsrecht. Daarom wordt de marktcomponent van het arbeidsrecht niet als een fundamentele grondslag van het arbeidsrecht beschouwd (151). Dit neemt niet weg dat de rol van de (vrije)marktbeginselen verder van belang geacht wordt in het licht van de functies van het arbeidsrecht – waarover verder meer.

4. SOCIALE POLITIEK

Mogelijk kan met het voorgaande ook de relatie tussen het arbeidsrecht en sociale politiek verder verduidelijkt worden. Intuïtief zijn velen het eens met de stelling dat de economie uiteindelijk tot doel heeft om het welzijn van mensen te bevorderen. Economische activiteiten en systemen die in functie daarvan worden georganiseerd, zouden dan ook te verkiezen zijn. Nochtans is de realisatie van die aanname veel complexer dan op het eerste ge-

(147) J.K. GALBRAITH, geciteerd in S. ESTREICHER en S.J. SWAB, *Foundations of labor and employment law*, New York, Foundation Press, 2000, 49.

(148) [Labour law] "responds to the changing demands of a socially dynamic aspect of modern capitalism". M. FINKIN, "Comparative labour law" in M. REIMANN en R. ZIMMERMANN (eds.) *The Oxford Handbook on Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 1141.

(149) Cf. art. 151 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

(150) Cf. M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 264 p.

(151) Pro M. VAN PUTTEN, die spreekt van een functionele grondslag (M. VAN PUTTEN, *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 146-147).

zicht lijkt, waardoor uiteindelijk heel wat contestatie mogelijk is (152). Voor welk arbeidsrecht in een politieke omgeving precies moet worden gekozen, hangt uiteindelijk af van ideologische uitgangspunten die men daarbij hanteert. Of men nu het arbeidsrecht ziet als een middel van beheersing van de werkende bevolking, een vehikel tot ontvoogding, een instrument tot het organiseren of beheren van de samenleving of een welvaartstaat, of nog als een functie of zelfs verstoring van de markt, telkens zal men impliciet naar een sociaalpolitieke denkrichting verwijzen (153). Zo sluit een opvatting van het arbeidsrecht als een sociaal-concurrentierecht nauw aan bij de sociaalpolitieke functies die dat arbeidsrecht heeft in de centrale doelstellingen van de Europese Unie (154). Een andere illustratie is de discussie over het 'Third Way'-arbeidsrecht, dat expliciet naar een sociaalpolitiek debat verwijst (155). Hieronder wordt echter de ambitie gesteld om niet te refereren naar de functies van het arbeidsrecht in een noodzakelijk perspectief van *welbepaalde* sociaalpolitieke denkbeelden. Tegelijkertijd is vast te stellen dat het gronden van dit arbeidsrecht op menselijke waardigheid en sociale rechtvaardigheid ook steunt op overwegingen van filosofische en ideologische aard. Daarenboven wordt getracht om de functionaliteit van het arbeidsrecht in het licht van een sociaalpolitiek denken te beseffen, maar deze zelf zoveel mogelijk in het grondslagendiscours te vermijden. Om die redenen werd hierboven de grondslagendiscussie in een min of meer abstracte en theoretische omkadering weergegeven en beoogd om de keuzes voor een of andere benadering zoveel mogelijk te expliciteren. Bij de discussie over de functies van het arbeidsrecht, kan men echter over de sociaalpolitieke verbondenheid van het arbeidsrecht niet zomaar heen stappen, zoals verder zal worden toegelicht.

VII. DE FUNCTIES VAN HET ARBEIDSRECHT

Nu de meest fundamentele grondslagen van het arbeidsrecht zijn bepaald, is het nodig dat voor de concrete vervulling door het arbeidsrecht van zijn rol, de functies van het arbeidsrecht bepaald worden. De grondslagen verwijzen naar de fundamentele bestaansredenen van het arbeidsrecht, waar-

(152) J.E. STIGLITZ, "Employment, social justice and societal well-being", *Int.Lab.Rev.* 2002, 9.

(153) Zie voor een overzicht M. LAVALETTE en A. PRATT, *Social policy. Theories, concepts and issues*, Londen, Sage, 2006, 336 p.

(154) Men kan spreken van een 'nexus' tussen arbeidsrecht en sociale politiek. Cf. F. HENDRICKX, "Regulating flexicurity and responsive labour law" in F. HENDRICKX (ed.), *Flexicurity and the Lisbon agenda: A cross-disciplinary reflection in Social Europe Series*, nr. 17, Antwerpen-Oxford, Intersentia-Portland, 126.

(155) H. COLLINS, "Is there a Third Way in labour law?" in J. CONAGHAN, R. MICHAEL FISCHL en K. KLARE (eds.), *Labour law in an era of globalization. Transformative practices and possibilities*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 449-469.

op dit arbeidsrecht gegrond is. Deze kunnen worden gezien als fundamentele doelstellingen die moeten worden nagestreefd. Hieronder wordt dan ingegaan op de functies van het arbeidsrecht. Men kan ze zien als de wegen waarlangs het arbeidsrecht tot die doelstellingen leidt. Deze functies moeten uiteraard ook vervuld worden. Ze kunnen dan ook opgevat worden als de opdrachten die het arbeidsrecht vanuit zijn grondslagen krijgt. Er wordt dus verwezen naar wat het arbeidsrecht precies doet. Zo wordt ook een antwoord geboden op de vraag welke rol het arbeidsrecht kan spelen.

Het bepalen van het recht in het algemeen, of het arbeidsrecht in het bijzonder, naar zijn functies, is een oefening die niet noodzakelijk tot een en dezelfde uitkomst leidt. Hoewel de indeling in functies gebeurt vanuit een weliswaar onderbouwde en gerichte ingreep zal ze ook in zekere zin, een relatief contingente of subjectieve tussenkomst niet helemaal kunnen vermijden. Er wordt dus niet beweerd dat er geen andere indeling in functies mogelijk zou zijn. Hieronder verlenen we aan het arbeidsrecht vier belangrijke functies.

1. ORDENINGSFUNCTIE

Men kan de ordeningsfunctie toeschrijven aan vele ondernemingen van het recht. In het arbeidsrecht is de ordeningsfunctie van groot belang. Het ordenende karakter van recht kan gezien worden als het maken van regels ten aanzien waarvan mensen hun gedrag kunnen richten, of zodanig regels stellen dat mensen hun handelingen en gedragingen op elkaar kunnen afstemmen (156). Ordenend recht moet ordelijk maatschappelijk verkeer toelaten (157). Men kan daarin ook een element van rechtszekerheid lezen.

Deze functie van ordenen is zeker voor de arbeidsverhoudingen relevant en van belang. Op zich is deze ordenende functie een relatief neutrale gedachte. Maar gelet op de klassieke tegenstelling tussen werknemer en werkgever, komt deze functie vaak neer op het regelen van de machtsverhoudingen van deze partijen of het vervullen van een evenwichtsfunctie of zelfs een stabiliseringsfunctie (158). In de ordeningsfunctie past dan ook de idee van de ongelijkheidscompensatie, het neutraliseren of stabiliseren (bijvoorbeeld van macht of gezag).

(156) Zie over de functies van het recht, waaronder de ordenende functie R. SCHWITTERS, *Recht en samenleving in verandering. Een inleiding in de rechtssociologie*, Deventer, Kluwer, 2008, 27.

(157) C.W. MARIS en F.C.L.M. JACOBS, *Recht, orde en vrijheid: een historische inleiding in de rechtsfilosofie*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1997, 27.

(158) M.S. HOUWERZIJL, *De detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG in Europese Monografieën*, Deventer, Kluwer, 2004, 15.

Het arbeidsrecht wordt traditioneel opgevat als een antwoord op de ongelijkheid in de arbeidsverhouding. Deze ongelijkheid is dubbel: er is de feitelijke ongelijkheid en de juridische ongelijkheid. De feitelijke ongelijkheid betreft de aanname van de marktongelijkheid of, anders gesteld, de ongelijkheid in onderhandelingspositie van werknemer en werkgever bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. De juridische ongelijkheid slaat op het feit dat de werknemer zich, op basis van een vrij aangegane overeenkomst, in een juridische ondergeschiktheid bevindt ten opzichte van de werkgever.

De primaire functie van het arbeidsrecht, zo wordt gesteld, is dan ook het vormen van een tegengewicht ten aanzien van de superieure machtspositie van de werkgever. Dit is, in de regel, ter bescherming van de werknemer. Zo wordt het arbeidsrecht vaak opgevat als beschermend recht ten voordele van de werknemer. In deze benadering wordt in het arbeidsrecht de 'ongelijkheidscompensatie' ook begrepen (159). Dit is betrokken op de ordenende functie van het arbeidsrecht, omdat het arbeidsrecht hierbij de marktordering en de machtsverhoudingen regelt. De behoefte van bescherming van de werknemer vloeit voort uit het gegeven van de vrijemarkteconomie. Niet zonder belang. Het arbeidsrecht wordt daarbij gesteund op de aanname dat arbeidsverhoudingen machtsverhoudingen zijn. Op die wijze 'herordent' het arbeidsrecht de ordening die in het andere geval vanzelf uit de markt zou voortkomen.

Het collectieve arbeidsrecht wordt vaak op deze manier bestaansrecht toegekend, gesteund met KAHN-FREUND's bekende uitspraak: "*On the labour side, power is collective power*" (160). Door toe te laten dat werknemers zich verenigen zodat hun machtspositie tegenover de werkgever toeneemt, bereikt men inderdaad een vorm van ongelijkheidscompensatie, een nieuw evenwicht (161). Vanuit dit oogpunt reduceren sommigen het collectieve arbeidsrecht wel eens als een louter procedurele aangelegenheid. Het verschaft een verhoogde machtspositie. Door te voorzien in de mogelijkheid voor werknemers om, via collectief optreden, het marktspel op sterkere voet met de werkgever te spelen, lost men in deze visie het gevaar voor exploitatie of oneerlijke behandeling op. Men hoeft daarvoor niet noodzakelijk naar de substantiële uitkomst van het gelijke machts spel te kijken. Het wapenen van de werknemers is dan voldoende.

(159) Cf. L. BETTEN en M.G. ROOD (eds.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor Prof. Mr. M.G. Rood*, Deventer, Kluwer, 1997, 392 p.

(160) O. KAHN-FREUND, *Labour and the law*, Londen, Stevens, 1972, 8.

(161) "*This system of collective bargaining rests on a balance of the collective forces of management and organised labour*" (P. DAVIES en M. FREEDLAND, *Kahn-Freund's labour and the law*, Londen, Stevens, 1983, 12).

De verwijzing naar LANGILLE is hier relevant (162):

"Labour law responds in two ways. The first way to secure justice in the face of this problem is by simply rewriting the substantive deal (mostly by statute) between workers and employers – providing for maximum hours, vacations, minimum wages, health and safety regulations, and so on. This is substantive intervention and the results are compendiously called labour standards. Labour law's second technique of responding to the perceived problem is not via the creation of substantive entitlements, but rather by way of procedural protection: in short, protecting rights to a fair bargaining process. [...] The ethic of substantive labour law is strict paternalism and the results are standards imposed upon the parties whether they like it or not. The ethic of procedural labour law is freedom of contract and self-determination – what people call industrial democracy – and its results are basic rights, which, it is believed, lead to better, but self-determined, outcomes".

Deze opvatting wordt ook aan klassieke arbeidsrecht auteurs toegeschreven, zoals SINZHEIMER en KAHN-FREUND, die het faciliteren van autonome regelingen van arbeidsverhoudingen door gecollectiviseerde werknemers en werkgevers, als primaire doelstelling van het arbeidsrecht aangaven (163). Een commentaar (164):

"The primary goal of labour law, according to both scholars, was to facilitate the autonomous regulation of employment relations and working life by collectivized labour and employers or employers' associations. This was to be achieved, according to both, by the removal from the economic sphere of the otherwise inequitable consequences of the functioning of private law: by the sanctioning of the collectivization of labour and the withdrawal of labour power in enforcement of collectively reached agreements".

De verklaring voor deze houding is een pluralistische visie, namelijk dat recht in de samenleving ook autonoom, niet-statelijk, tot stand kan komen. De visie van SINZHEIMER en KAHN-FREUND vertrekt daarbij van een conflictuele verhouding tussen kapitaal en arbeid. De ondergeschiktheid van de werknemer is een pendant van de ondergeschiktheid van arbeid aan kapitaal. Zo komt men tot het adresseren, in het arbeidsrecht, van de ongelijkheid tus-

(162) B. LANGILLE, "Core labour rights – the true story (reply to Alston)", *EJIL* 2005, 428-433.

(163) R. DUKES, "Constitutionalizing employment relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the role of labour law", *J.Law & Soc.* 2008, 344.

(164) *Ibid.*

sen de partijen (165). In deze pluralistische visie wordt ook gewezen op het gezamenlijk belang van werkgever en werknemer in machtsevenwichten. Het in stand houden van elkaar, door niet-overdreven machtsuitoefening, is een vorm van overleven op de markt (166).

Deze opvatting is weliswaar belangwekkend en wijst op een betekenisvolle functie van het arbeidsrecht. Toch dreigt ze ook een te reductionistische weergave van het arbeidsrecht in te houden. Ofwel is het arbeidsrecht alleen maar begaan met het processuele en niet-substantiële (167). Ofwel is het arbeidsrecht alleen maar bekommerd om het ordenen van processen ter bescherming van de werknemer, waardoor het zich in niet veel meer van andere rechtsgebieden onderscheidt, zoals bijvoorbeeld het consumentenrecht waarin men in de markt ingrijpt om de consument te beschermen. Het arbeidsrecht is dan recht voor mensen 'in nood' op de markt (168).

De ordenende functie van het arbeidsrecht heeft echter nog een meerwaarde in een ander licht. Deze functie dient immers niet noodzakelijk steeds in het belang van de werknemer uitgelegd te worden. Ordenende interventies, waarin compensatie ook als idee besloten ligt, zouden rekening dienen te houden met alle mogelijke belangen in de arbeidsverhouding. Er dient dus met andere woorden ook een evenwicht te worden gevonden tussen de belangen van de werknemer en de werkgever. Ook deze laatste kan de zwakkere zijn in het arbeidsrecht. De ordeningsfunctie krijgt daardoor nog meer een evenwichtsfunctie. Sommigen stellen dan ook dat de ongelijkheidscompensatie steeds een belangenafweging impliceert (169). Aansluiting vindt daarbij ook de opvatting van BLANPAIN dat het arbeidsrecht tot doel heeft een passend evenwicht te vinden in de verhoudingen, belangen, rech-

(165) *Ibid.*, 359.

(166) Zie de weergave in B. HEPPLÉ, "The future of labour law", *Ind. L.J.* 1995, 315.

(167) Waardoor het dicht bij de Rawlsiaanse notie van 'pure procedural justice' komt, dit is een rechtvaardigheid die voortvloeit uit het volgen van een eerlijke procedure. Cf. J. RAWLS, *A theory of justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2005, 83 et seq.

(168) "If our aim is to secure justice for employees, and employees will not secure justice because the employment relationship is a contractual one and employees suffer from inequality of bargaining power in the contracting process, then there are two possible responses. These two responses are two possible modes of 'consumer protection'. Labour law is to be understood on a par with other interventions in other market places in the name of defending 'weaker parties'. The law protects those in need of protection in the market place". Zie B. LANGILLE, "Labour law's back pages" in G. DAVIDOV en B. LANGILLE (eds.), *Boundaries and frontiers of labour law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 24.

(169) B. HOOGENDIJK, "Ongelijkheidscompensatie door vage normen? De controlevoorschriften in de WULBZ" in C.J. LOONSTRA (ed.), *Recht in bedrijf*, Arnhem, Gouda Quint, 1997, 34.

ten en verplichtingen die bestaan tussen werkgever en werknemer (170). Of zoals WEDDERBURN het stelt, "*fairness*" op het werk heeft veel te maken met het vinden van een werkbaar compromis tussen de conflicterende belangen die op een bepaald ogenblik in het spel zijn (171). Ook het zogenaamde *Arthurs Report*, dat een wetenschappelijke blauwdruk voorzag voor de 'modernisering' van het Canadese arbeidsrecht, stelt dat arbeidsrechtelijke normen de belangen en zorgen van werknemers en werkgevers tegenover elkaar moeten afwegen (172).

2. WELZIJSFUNCTIE

De tweede functie van het arbeidsrecht betreft de welzijnsfunctie.

De notie welzijn mag niet te veel verward worden met 'welzijn van werknemers op het werk' in het licht van veiligheid en gezondheid op de werkplaats. In het Belgische arbeidsrecht wordt de notie welzijn immers sterk geassocieerd met de welzijnswet werknemers van 4 augustus 1996. Daarin vindt men weliswaar een verwijzing naar een ruim welzijnsconcept, zoals dat van de Wereld Gezondheidsorganisatie (173). Maar de welzijnswet zelf legt de notie welzijn toch eerder in het verlengde van de arbeidsveiligheid en -gezondheid (174). Dit is een belangrijke, maar een te beperkende invulling van de welzijnsfunctie van het arbeidsrecht.

In de hier besproken functie, mag welzijn dus geen te strikte betekenis worden toegedicht. Een inzichtelijke bepaling van welzijn is "de mogelijkheid van een persoon om waardevolle handelingen te stellen of een waardevolle

(170) "*Labour law aims at monitoring economic developments. Its objective is to establish an appropriate balance in the relationship, interests, rights and obligations between the employer on the one hand and the employee on the other hand*". Zie R. BLANPAIN, *European labour law*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 23.

(171) L. WEDDERBURN, "Labour law 2008: 40 years on", *Ind.L.J.* 2008, 412.

(172) FEDERAL LABOR STANDARDS REVIEW, *Fairness at Work. Federal Labor Standards for the 21st Century*, Québec, Human Resources and Skills Development Canada, 2006, X-XI.

(173) Men kan hier de notie gezondheid van de Wereld Gezondheidsorganisatie bij betrekken die in haar constitutie gezondheid ("*health*") definieert als staat van volledig fysiek, mentaal en sociaal welzijn (*a state of complete physical, mental and social well-being*) (<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>, geraadpleegd op 24 januari 2010).

(174) W. DONCEEL, "Het welzijnsbegrip in de wet van 4 augustus 1996" in O. VANACHTER (ed.), *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 227-242; O. VANACHTER, "De belangrijkste vernieuwingen" in O. VANACHTER (ed.), *De Welzijnswet Werknemers. De Wet van 4 augustus 1996*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 13: "De term welzijn is de hedendaagse samenvatting van de termen 'veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen'".

status van zijn te bereiken" (175). Dit geeft aan dat hiermee een humane of kwalitatieve functie wordt bedoeld, die zowel in relatie staat tot iemands werk (176) als iemands leven in het algemeen.

Men zou welzijn kunnen definiëren als de mate waarin basisbehoeften worden voorzien (177). Het verdient echter de voorkeur om de notie welzijn niet in deze strikte betekenis in te perken. Welzijn kan zowel verwijzen naar verlangens als naar noden. Ook binnen de menselijke noden, zijn er diegene die absoluut zijn, dan wel instrumenteel, in dit laatste geval voortkomend uit persoonlijke keuzes. Vandaar dat de welzijnsfunctie ook meer vrijheidsgerichte doelstellingen herbergt. Niet alleen het voorzien in minimaal levensonderhoud of beschermen van iemands gezondheid, maar ook de persoonlijke integriteit in brede zin alsook de individuele zelfontplooiing dienen hierin vervat te liggen. Verder dient niet alleen de arbeid, maar ook daarmee in relatie staande levenssferen buiten de arbeid daaronder te worden begrepen, zoals de bescherming van het privé- en het gezinsleven (178).

Ten slotte kan met de welzijnsfunctie ook beoogd worden om het individu te beschermen in de mogelijkheid om zijn financiële situatie te verbeteren. SIMOENS heeft deze materiële component reeds via de idee van de menselijke waardigheid verdedigd. Hij verwijst naar BAERT'S uitspraak dat welzijn ten dele afhankelijk is van welvaart en materiële levensvoorwaarden (179).

De welzijnsfunctie kan niet beschouwd worden vanuit een defensief of paternalistisch denken. Gelet op de ruime invulling van welzijn, dient de welzijnsfunctie te worden opengetrokken naar een bevordering en facilitering van het persoonlijke, en zelfs maatschappelijke, welzijn.

-
- (175) A. SEN, "Capability and well-being" in M.C. NUSSBAUM en A. SEN (eds.), *The quality of life*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 32. Een definitie van "*well-being*" als "*a person's ability to do valuable acts or reach valuable states of being*". In deze bijdrage argumenteert SEN echter dat hij de notie *capability* prefereert. Hier gaan we verder nog op in.
- (176) Kwaliteit van de arbeid kent in dit onderdeel dan ook veel raakvlakken. Een definitie hiervan vindt men in R. HUYS, I. POLLET, G. VAN HOOTEGEM en L. WOUTERS, *Bouwen en schaven aan de kwaliteit van de arbeid*, Leuven, HIVA, 1997, 17: "Kwaliteit van de arbeid betekent dat zowel in het werk, de werkomgeving als het bedrijf alle voorwaarden vervuld zijn om zich goed te voelen bij het werk".
- (177) J. GRIFFIN, *Well-being. Its meaning, measurement, and moral importance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 42. De omschrijving van welzijn is er: "the level to which basic needs are met".
- (178) Over de koppeling tussen privacy, vrijheid en zelfbepaling, zie F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 271 *et seq.*
- (179) H. BAERT geciteerd in D. SIMOENS, "Huidig en toekomstig rechtsbeleid ten overstaan van de mens, beschadigd in zijn welzijn" in INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT (ed.), *Sociale bescherming op nieuwe paden. Liber Memorialis Béatrice Van Buggenhout*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2003, 86.

Met het vervullen van deze rol opent men de weg om het arbeidsrecht te beschouwen vanuit de zogenaamde "*capabilities*" benadering die zoals bekend, werd uitgewerkt door Amartya SEN (180).

SEN's "*capabilities approach*" is bijzonder interessant en behulpzaam, omdat deze zich ergens bevindt tussen enerzijds een benadering van subjectieve levenskwaliteit en anderzijds een distributieve benadering. Ze lijkt dan ook in staat om op de twee grondslagen, menselijke waardigheid en sociale rechtvaardigheid, terug te vallen, doch vanuit een nieuwe invalshoek. Enerzijds sluit SEN's "*capabilities*" benadering aan bij de notie welzijn. Anderzijds kan deze een bijdrage leveren aan de voorwaarden van sociale rechtvaardigheid en gelijkheid.

SEN biedt een perspectief op welzijn, geconceptualiseerd als het hebben van keuzes en mogelijkheden. De verzameling van iemands 'capabiliteiten' ("*capabilities*") is een basis voor de evaluatie van diens welzijn (181). In SEN's opvatting moet het individuele welzijn met name verbonden worden met iemands 'capabiliteiten' ("*capabilities*") om zijn voorwaarden en "functioneringen" ("*functionings*") te verwerven om als persoon (waardig) te kunnen zijn. Een 'functionering' is elk aspect (of elke dimensie) van iemands bestaan dat relevant is voor (het beoordelen van) zijn welzijn (182). Van belang in deze context is dat in deze theoretische benadering niet alleen het subjectieve welzijn, maar ook het algemeen welzijn kan ingerekend worden.

De benadering van SEN is weliswaar abstract. Maar de capabiliteitenbenadering laat toe om over het arbeidsrecht na te denken vanuit een andere dan een klassieke beschermingsgedachte. Het arbeidsrecht speelt dan een rol bij het verlenen van mogelijkheden aan mensen. Daarbij gaat het om het uitrusten van personen in of ten aanzien van arbeid, of het faciliteren van mensen op de arbeidsmarkt. Arbeidsrecht krijgt zo een bevorderende dimensie, die appelleert aan menselijke capabiliteiten en menselijk kapitaal. Arbeidsrecht wordt dan een onderdeel van een visie op hoe mensen functioneren op de arbeidsmarkt of in de samenleving. Dit gaat een eind verder dan een loutere regeling van loons- en arbeidsvoorwaarden of het regelen van de arbeidsbescherming. De discussie evolueert naar een opvatting over loopbanen en professionele levens, of over combinaties tussen persoonlijk en privaat leven. Dat sluit niet toevallig aan bij de huidige tijdsgeest van het sociaalpolitieke denken (183). Of zoals het 'World Development Report'

(180) Cf. A. SEN, *Development as freedom*, New York, Anchor Books, 366 p; A. SEN, "Work and rights", *Int.Lab.Rev.* 2000, 119.

(181) R. DE BLANDER, "Sen's capabiliteiten methode", *Kwartaalschrift Economie* 2008, 2.

(182) R. DE BLANDER, *l.c.*, 3.

(183) R. MITCHELL en C. ARUP, "Labour law and labour market regulation" in C. ARUP, P. GAHAN, J. HOWE, R. JOHNSTONE, R. MITCHELL en A. O'DONNELL (eds.), *Labour law*

het reeds in 1990 stelde: *"The basic objective of development is to create an enabling environment for people to enjoy long, healthy and creative lives"* (184). Met de definitie van DEAKIN en WILKINSON kunnen sociale rechten daarin worden begrepen als geïnstitutionaliseerde vormen van 'capabilities' die individuen in staat stellen om hun eigen potentieel te realiseren en daarbij een hoger niveau van economisch functioneren te bereiken (185), hoewel de focus van een louter economisch functioneren op zich nog te beperkt is (186). Alleszins plaatst dit het spreken over onderwerpen zoals inzetbaarheid en scholing, maar ook inspraak en vertegenwoordiging (187), in een nuttig denkkader. Een meer dynamisch perspectief van arbeid en werk is dan ook in het arbeidsrecht noodzakelijk.

Vanuit deze betekenis kan ook de stap gemaakt worden naar de volgende functie van het arbeidsrecht. Hoewel welzijn kan begrepen worden als de behoefte of toestand om ergens, zoals de maatschappij, deel van uit te maken (188), wordt het nuttig geacht een integratieve functie van het arbeidsrecht te onderscheiden.

-
- and labour market regulation: essays on the construction, constitution and regulation of labour markets*, Annandale, The Federation Press, 2006, 10: *"The 'protective' view of labour law clearly became increasingly out of step with political, social and economic developments as the 1990s progressed and the 21st Century commenced"*.
- (184) *World Development Report, Published for the United Nations Development Programme (UNDP)*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1990, 9.
- (185) S. DEAKIN en F. WILKINSON, *The law of the labour market in Oxford Monographs on Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 347: *"institutionalised forms of capabilities which provide individuals with the means to realise the potential of their resource endowments and thereby achieve a higher level of economic functioning"*.
- (186) S. DEAKIN evolueert zelf naar het concept "capacitas": S. DEAKIN, *"Capacitas": contract law and the institutional preconditions of a market economy*, Working Paper Nr. 325, Cambridge, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2006, 30p. Op grond van "capacitas" komt hij tot de vaststelling dat: *" (...) the evolution of legislation from its early twentieth century beginnings can be understood as a gradual expansion of the range of interests which the law recognises to be at stake in the formation and performance of the contract of employment. These have been extended, in varying degrees in different systems, to include the economic security, psychological well being and personal dignity of the individual. Thus laws which provide protection (...) can all be understood as underpinning the contractual capacity of the worker"* (*ibidem*, 9).
- (187) Cf. J. DE MUNCK en I. FERRERAS, *"Collective rights, deliberation and capabilities: an approach to collective bargaining in the Belgian retail industry"* in R. SALAIS en R. VILLENEUVE (eds.), *Europe and the politics of capabilities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 222-238.
- (188) H.J. BRUTON, *On the search for well-being*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2004, 26.

3. INTEGRATIEVE FUNCTIE

De integratieve functie van het arbeidsrecht is de derde functie van het arbeidsrecht.

De integratieve functie van het arbeidsrecht slaat op de relatie tussen het individu en het grotere geheel waarin het zich bevindt, zoals de maatschappij. Daarbij wordt ook geduid dat het individu wezenlijk tot dit geheel behoort (189).

Het is HEGEL die opmerkte dat arbeid niet zomaar een individuele activiteit is, maar tevens inherent sociaal. Mensen produceren niet alleen om in hun eigen behoeften te voorzien, maar hun arbeid heeft een wederkerige basis en beantwoordt ook aan de nood van anderen (190). Met LEVENBACH neemt men die gedachte verder: “de verhouding is niet een losse ruil, doch een organisatorische betrekking in een geheel” (191). Ook VAN DER VEN zag in de idee van “sociale gerechtigheid” twee belangrijke “momenten”, enerzijds de mens en de menselijke waardigheid, en anderzijds de openheid van de mens naar de ontwikkeling en de welvaartsstijging, waarbij de dynamiek van de sociale gerechtigheid en de beweeglijkheid van mens en maatschappij worden gevat (192).

In de integratieve functie lijken de individuele en de maatschappelijke verantwoordelijkheid zich elkaar in het arbeidsrecht te vinden. Een van de pleitbezorgers van de integratieve functie van het arbeidsrecht is HEPPLÉ. Hij gaat voor een dergelijke functie die een bijdrage levert aan zogenaamde sociale uitsluiting. Van daaruit kan worden gepleit voor rechten op vorming, bescherming tegen discriminatie, rechten op kinderopvang en zelfs financiële steun voor werkgevers (193). De integratieve functie van het arbeidsrecht kan zich tevens realiseren doorheen arbeidsrechtelijke regels zoals betreffende integratie, inclusie, combinatie werk en privé, aanvaarding van passende arbeid, inspraak van werknemers.

(189) Het adjectief “integratief” is een afgeleide van het substantief integratie en het werkwoord integreren. Integreren betekent volgens VAN DALE het “volledig maken” of “tot een geheel samenvoegen”. Een integrerend deel is een “deel dat wezenlijk tot het geheel behoort”. Zie *Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal*, 14de editie 2005, cf. trefwoord “integreren”, “integratie”, “integratief”.

(190) R. STERN, *Hegel's philosophy of nature and philosophy of spirit*, Londen, Routledge, 2001, 230.

(191) M.G. LEVENBACH, “Veertig jaar arbeidsrecht” in H.L. BAKELS, *Arbidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer, Kluwer, 1977, 26. Dit organisatorisch geheel hoeft niet uitsluitend betrekking te hebben op de microkosmos van de onderneming.

(192) J.J.M. VAN DER VEN, *De mens in zijn rechtsorde. Verzamelde opstellen*, s.l., Kluwer, 1981, 290.

(193) B. HEPPLÉ, “The future of labour law”, *Ind.L.J.* 1995, 322.

De integratieve functie van het arbeidsrecht verzoent dus de individuele en de collectieve verantwoordelijkheid. Op die manier verwijst ze naar de notie 'sociaal burgerschap', die wordt verdedigd als een centraal concept in de modernisering van het arbeidsrecht (194). Sociale insluiting impliceert immers het bezit van burgerschapsrechten (195). De rechten-plichten, of wellicht beter, rechten-verantwoordelijkhedenverhouding, sluiten aan bij de idee dat sociale rechten steunen op sociale (en economische plichten) plichten (196). In die zin stelde John Stuart MILL dat iedereen die van de bescherming van de samenleving geniet ook een tegenprestatie moet leveren, of nog dat het rekening houden met anderen besloten ligt in het feit dat we ons in een samenleving bevinden (197). Ook sociale grondrechtendenkers bevestigen dat, naast de sociale grondrechten, er ook sociale "grondplichten" bestaan als behorende tot de grondbeginselen van een menswaardige samenleving (198).

In deze optiek kunnen ook sterke collectieve instituties en actoren gezien worden als voorwaarden om individuele aanspraken, en de individuele vrijheid van de werker, verder te realiseren. De integratieve functie is dan ook zeer geschikt om de democratische aspiraties en aanspraken tot betrokkenheid van werknemers en andere *stakeholders* in het kader van het collectieve arbeidsrecht te verantwoorden. De democratische functie van het arbeidsrecht die DAVIDOV naar voor schuift, kan hiermee aansluiting vinden (199).

4. INTERMEDIAIRE FUNCTIE

Het arbeidsrecht vervult, ten slotte, een intermediaire functie.

De intermediaire functie van het arbeidsrecht vraagt dat dit arbeidsrecht zich verbindt met zijn omgeving en context. Deze functie steunt wellicht

(194) A. SUPIOT, "The transformation of work and the future of labour law in Europe: a multidisciplinary perspective", *International Labor Review* 1999, 31-46.

(195) A. GIDDENS, *The Third Way. The renewal of social democracy*, Cambridge, Polity Press, 2000, 102.

(196) N.E.H. ESVELD, "Vrijheid en dwang in het arbeidsrecht" in H.L. BAKELS, *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer, Kluwer, 1977, 229.

(197) J.S. MILL, *On Liberty*, London, Longmans, 1869, 134. Het letterlijk citaat: "Everyone who receives the protection of society owes a return for the benefit, and the fact of living in society renders it indispensable that each should be bound to observe a certain line of conduct towards the rest".

(198) M. STROOBANT, "De sociale grondrechten naar Belgisch recht" in M. STROOBANT (ed.), *Sociale grondrechten*, Antwerpen, Maklu, 1995, 62.

(199) Maar is deels ook terug te vinden in de hoger beschreven ordenende functie. Zie Guy DAVIDOV, "Collective bargaining laws: purpose and scope", *Int.J.Comp.LLIR* 2004, 81-106.

minder op een grondslagendiscours, maar wordt niettemin wezenlijk geacht. De hoger geschetste noodzakelijke verbinding tussen arbeidsrecht en sociaal beleid komt erin tot stand. Het arbeidsrecht zal moeten bemiddelen tussen werkelijkheid, beleid en aspiraties. Men kan het arbeidsrecht vanuit fundamentele waarden en doelstellingen trachten te definiëren. Maar er blijft een onbepaaldheid. Het arbeidsrecht vervolledigt zich niet vanuit zichzelf.

Stel dat men het arbeidsrecht opvat als een lege doos. Het arbeidsrecht is dan niet meer dan een geheel van regels en technieken welke niet berusten op een *a priori* definitie maar slechts vorm en inhoud krijgen vanwege vragen naar efficiëntie en sociale waarden (200). Een dergelijke benadering zou indruisen tegen de zin van het zoeken naar de hierboven genoemde grondslagen en functies. Maar langs de andere kant moet het arbeidsrecht, zoals hoger gesteld, ook gezien worden in de context van zijn responsiviteit.

Men kan zich de vraag stellen of een louter zelf-referentieel arbeidsrecht wel volkomen is. Arbeidsrecht is niet het resultaat van een louter idee van zichzelf, maar gaat hand in hand met de veranderingen en dynamiek van de maatschappelijke realiteit. Men kan vanuit de arbeidsrechtelijke bril naar de werkelijkheid kijken, maar men zal ook steeds vanuit een werkelijkheid buiten het arbeidsrecht naar dit arbeidsrecht dienen te kijken.

Hoger werd uitgedrukt dat, vanuit een doelgerichte benadering in de rechtswetenschap, een verstaan van het arbeidsrecht vanuit een responsieve opvatting van dat recht wenselijk is. Op grond hiervan werd gesteld dat ook in het arbeidsrecht een openheid van dat recht geldt, of dient te gelden, naar impliciete waarden of beleidsinzichten, die dat recht beïnvloeden. Het is deze invalshoek die toelaat om het arbeidsrecht te zien in zijn verband met, of als resultaat van, sociaalpolitieke beleidskeuzes. In de intermediaire functie van het arbeidsrecht komt de zogenaamde 'nexus' tussen dit arbeidsrecht en sociaal beleid naar voor. Het losmaken van arbeidsrecht aan de ruimere context van beleid of inzichten uit andere disciplines, lijkt, vanuit een behoefte om in de rechtswetenschap tot een beter verstaan van de maatschappij te komen, onwenselijk.

Een en ander impliceert niet dat men het arbeidsrecht volledig opgeeft aan het beleid of helemaal zou opofferen aan de interdisciplinariteit. Dit zou het arbeidsrecht reduceren tot een uitsluitend instrumenteel gegeven.

(200) Vrij geparafraseerd op A. HYDE, "What is labour law?" in *Boundaries and frontiers of labour law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 60: "*Labour law as a set of techniques rests on no a priori definition. Its application is subject always to demands of efficiency and social value*".

Daarin bestaat het risico dat de rechtsbescherming corrodeert (201). Het arbeidsrecht vervult, integendeel, net een poortwachtersfunctie, waarin de bemiddeling tussen grondslagen en andere invloeden en inzichten tot stand kan komen. Vanuit de ideeën van FOQUÉ en T'HART kan worden gesteld dat zowel rechtsbescherming als instrumentaliteit essentiële onderdelen van het arbeidsrechtelijke rechtsbegrip zijn. Deze auteurs benadrukken terecht de noodzaak van een open en relationeel rechtsbegrip dat zich afzet tegen een te dogmatische visie en "waarmee een pluralisme van betekenisverleningen bemiddeld kan worden" (202).

De responsiviteit van het arbeidsrecht is een bondgenoot van responsieve regulering. Het model van de responsieve regulering werd onder meer ontwikkeld in de context van ontwikkelingseconomieën met beperkte reguleringscapaciteit (203). Maar het kan ook een ruimer rechtswetenschappelijk debat dienen en aanhaken bij een responsief en relationeel rechtsbegrip. Responsiviteit mag het arbeidsrecht niet reduceren tot een louter instrumentalistisch gegeven. Zo merken sommigen op dat het Europese beleid inzake werkgelegenheid zich teveel richt op competitiviteit zonder de integratie van fundamentele arbeidsbescherming daarbij aantoonbaar te maken (204). In een overbeklemtoneering van de instrumentaliteit van het arbeidsrecht leest men inderdaad te gemakkelijk de bescherming als rigiditeit en onderwerpt men de rechtsregel te snel aan een vraag van deregulering. Responsieve regulering, een concept dat werd ontwikkeld door AYRES en BRAITHWAITE, heeft echter juist de bedoeling om het regulerings- versus dereguleringsdebat te overstijgen (205).

Een karakteristiek van responsieve regulering is haar responsiviteit voor de logica van verschillende regulatieve strategieën en technieken. Daardoor wordt de keuze voor verschillende vormen van regulering in functie gesteld van een bepaald begrijpen van reële menselijke verhoudingen of een institutionele omgeving, zodat dit kan leiden tot meer effectiviteit van de rechtsregels (206). Dit is van belang voor de handhaving van het recht. Het concept sociale inclusie heeft als beleidsdomein de mogelijkheden laten in-

(201) Cf. B.Z. TAMANAHA, *Law as a means to an end. Threat to the rule of law in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 268 p.

(202) R. FOQUE en A.C. T'HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint, 1990, 362.

(203) J. BRAITHWAITE, "Responsive regulation and developing economies", *World Development* 2006, 884.

(204) H. COLLINGS, "Book Review The Future of Labour Law: Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC", *MLR* 2005, 883-884.

(205) I. AYRES en J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford University Press, 1995, 205 p.

(206) R. BLADWIN en J. BLACK, "Really responsive regulation", *MLR* 2008, 71.

zien van het gebruik van alternatieve, eerder zachte vormen, van regulering (207).

Verder is er vanuit deze opvatting niets mis om de vraag naar de efficiëntie van het arbeidsrecht te stellen. Efficiëntie wordt bereikt wanneer werknemers productief zijn, organisaties competitief en banen worden gecreëerd, zodat de samenleving over het algemeen economisch welvarend is (208). In het *ARTHURS' Report*, dat tot de hervorming van het Canadese arbeidsrecht een aanzet gaf, speelt de markteconomie, naast de primaire normen van 'decency', de rol van tweede uitgangspunt. Daarbij wordt gesteld dat arbeidsnormen, zo veel als mogelijk, het beginsel van de behoorlijkheid moet bevorderen op manieren die toelaten dat werknemers een bijdrage leveren aan, en de voordelen genieten van, het succes van de markteconomie. Omdat succesvolle ondernemingen beter in staat zijn om werknemers behoorlijk te behandelen, moeten arbeidsrechtelijke normen de competitiviteit en de aanpasbaarheid van ondernemingen ondersteunen en eventueel bevorderen (209). De idee dat het arbeidsrecht aan de arbeidsmarkt en diens werking een bijdrage kan leveren, samengelezen met de andere arbeidsrechtelijke functies, is dus zeker goed denkbaar (210). Zoals LEVENBACH het stelde: "Het element van de arbeidsmarkt mogen wij echter anderzijds niet als waardeloos afwijzen. Het kan niet het laatste middel maar wel een noodzakelijke voorwaarde tot het waarachtige menselijke geluk bevatten" (211).

Wanneer men de intermediaire functie van het arbeidsrecht aldus verstaat, kan men het bezwaar tegen een arbeidsrecht voor de arbeidsmarkt, zoals

-
- (207) S. SCIARRA, "The making of EU labour law and the 'future' of labour lawyers" in *The future of labour law. Liber Amicorum Sir Bob Hepple*, QC, Oxford, Hart Publishing, 2004, 209.
- (208) ARTHURS Report overgenomen uit J.W. BUDD., "Fairness at work, and maybe efficiency but not voice: an evaluation of the Arthurs' commission report", *Comp. Lab.L. & Pol'y. J.* 2008, 484.
- (209) FEDERAL LABOR STANDARDS REVIEW, *Fairness at Work. Federal Labor Standards for the 21st Century*, Québec, Human Resources and Skills Development Canada, 2006, 48: "Principle 2: The market economy: Labour standards ought — so far as possible — to advance the decency principle in ways that allow workers to contribute to, and benefit from, the success of Canada's market economy. Because successful enterprises are better able to treat workers decently, labour standards should support and, if possible enhance, the competitiveness and adaptability of enterprises".
- (210) Ook het Europese concept 'good work' wijst op een positieve correlatie tussen kwaliteit van werk en arbeidsproductiviteit. Zie U. WENDELING-SCHRODER, "Decent work-fair wages: new questions for European labour law?" in F. PENNING, Y. KONIJN en A. VELDMAN (eds.), *Social responsibility in labour relations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 173-174.
- (211) J.J.M. VAN DER VEN, *De mens in zijn rechtsorde. Verzamelde opstellen*, s.l., Kluwer, 1981, 275-276.

dat in het *flexicurity* concept verborgen zou liggen (212), niet eindeloos opvoeren. Vanuit zijn functies zal het arbeidsrecht immers dienen te bemiddelen tussen zijn grondslagen en het open karakter van zijn instrumentaliteit.

Ten slotte laat de intermediaire functie toe rechtsontwikkelingen die buiten het arbeidsrecht ontstaan, in dit arbeidsrecht te introduceren. Zo is reeds aangetoond dat het arbeidsrecht kan fungeren als intermediair van grondrechten in de arbeidsverhouding (213).

VIII. BESLUIT

Is er nog een toekomst voor het arbeidsrecht en de wetenschappelijke beoefening ervan in de 21ste eeuw, gelet op de uitdagingen en het moderniseringsdebat? In 1993 verscheen BLANPAIN'S publicatie "Heb ik morgen nog een job?" (214). Welnu, indien men zich daarop inspirerend de vraag stelt of het arbeidsrecht nog werk heeft en dus een rol te vervullen, moge het duidelijk zijn dat het antwoord bevestigend is.

De wereld van het werk is fundamenteel aan het wijzigen. De arbeidsverhoudingen zijn geëvolueerd naar het post-Fordisme. Dit geschiedt in een context van talrijke uitdagingen, zoals daar zijn de globalisering, met een vrijmaking van markten en mobiliteit van kapitaal, de tertiarisering van de economie, de opkomst van multinationals en netwerkondernemingen, de diversiteit in de samenleving, de veranderde betekenis van werk, de vergrijzing, en het klimaatprobleem.

Het is evident om in deze veranderde context de vraag naar de modernisering van het arbeidsrecht te stellen. De 'modernisering' van het arbeidsrecht duwt deze discipline in een bevraging van een gewijzigd socio-economisch en maatschappelijk model. Wil het arbeidsrecht een rol van betekenis spelen, moet het zich aanpassen om te kunnen inspelen op de nieuwe realiteiten. Dit hoeft uiteraard niet te betekenen dat het arbeidsrecht zelf een functie moet zijn van de logica van de markt of de liberalisering van de economie. De vrees dat het arbeidsrecht zelf koopwaar is, moet en kan overstegen worden.

(212) Cf. W. VANDEPUTTE, "Flexizekerheid: het beste van twee werelden?", *TSR* 2007, 330-358.

(213) M.A.C. DE WIT, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 269 p.; F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 358 p.

(214) R. BLANPAIN, *Heb ik morgen nog een job? Elementen voor het nieuw sociaal pakt*, Leuven, Peeters, 1993, 80 p.

Het arbeidsrecht staat dus voor de spiegel en moet zichzelf bevragen. Met een voldoende bewustzijn van zijn eigen grondslagen, leert zijn spiegelbeeld dit arbeidsrecht dat het veel meer moet zijn dan flexibel of niet-rigide, zoals wel eens vanuit een te beperkte context wordt gesteld. Het arbeidsrecht staat voor een aantal fundamentele waarden. Vanuit zijn grondslagen, zoals de menselijke waardigheid en de sociale rechtvaardigheid, moet het arbeidsrecht zijn rol en functies waarmaken. Dat mag, moet zelfs, in een gemoderniseerde context.

Het lag niet in de bedoeling van deze bijdrage om meteen alle antwoorden te geven. Als de poging tot nadere duiding van het probleem en aanreiken van elementen van antwoord, enigszins geslaagd is, kan deze bijdrage een aanzet geven tot het betreden van gewenste onderzoekspaden.

In het vinden van antwoorden zal het arbeidsrecht niet kunnen ontkomen aan een benadering die in essentie verbonden is met de fundamentele rechten (215). Deze gelden als in het recht positief geworden bouwstenen van menswaardige en rechtvaardige arbeidsverhoudingen. De rol van de sociale grondrechten is lang niet uitgespeeld. Integendeel, een aantal wezenlijke debatten, niet in het minst die van de sociale dumping, de flexibilisering, of de problematiek van discriminatie in arbeidsverhoudingen, tonen dat de fundamentele rechten steeds prominenter in het arbeidsrecht naar voren komen.

Verder zal men nog meer aandacht moeten schenken aan het arbeidsrecht vanuit een minder statisch perspectief, waarin oog is voor de dynamiek in de arbeidsverhoudingen en op de arbeidsmarkt. Dit betekent aandacht voor combinaties en overgangen tussen werk en werk, atypische en typische arbeid, werk en niet-werk, werk en opleiding, of werk en zorg of werk en privéleven. Een meelevend arbeidsrecht is dan aan de orde dat, vanuit zijn grondslagen en functies, de mens in relatie tot zijn arbeid doorheen de tijd begeleidt.

Een gewijzigde wereld van het werk, die steeds meer mobiele en diverse werkenden laat zien, met eigen verlangens en achtergronden, vraagt aandacht voor de rol van de collectieve dimensie en het toepassingsgebied van het arbeidsrecht. Deze kwesties zijn al langer aan de orde van de dag (216), maar worden steeds relevanter. Zo zijn er talrijke suggesties om de toepassingssfeer van arbeidsrechtelijke normen uit te breiden. Dit betreft niet al-

(215) Cf. J. FUDGE, "The new discourse of labour rights: from social to fundamental rights?", *Comp.Lab.L. & Pol'y J.* 2007, 57.

(216) B. HEPPLER, "Restructuring employment rights", *Ind.L.J.* 1986, 69, 74.

leen de personele toepassingsfeer (217). Geen arbeidsrecht voor minder, maar voor meer mensen is dan aan de orde. Ook de materiële reikwijdte van het arbeidsrecht dient te worden onderzocht, vooral gelet op het belang van onderwerpen zoals scholing en begeleiding.

Evenzo kan voor minder omvangrijk arbeidsrecht worden gepleit. Arbeidsrecht mag eenvoudiger. Er zijn dan ook ongetwijfeld een heel aantal zaken die met minder ingewikkelde regelgeving kunnen worden aangepakt. Er is niets tegen een arbeidsrecht dat luistert naar de wetten van transparantie en efficiëntie. Arbeidsrecht kan ook, met behoud van, dan wel mede via, zijn fundamentele doelstellingen, een bijdrage leveren aan de sociale markteconomie en de dialoog aangaan met de werkelijkheid van moderne arbeidsverhoudingen. Soms komt die rol een wetgevende benadering ten goede, soms is een andere afweging noodzakelijk. In deze context kan wellicht ook de taakverdeling tussen wetgever en rechter nader bekeken worden.

In de nieuwe vertaling van het arbeidsrecht is er een steeds grotere behoefte om arbeidsrechtelijke antwoorden te bieden op een niveau dat hoger is dan de nationale staat. Een zinvolle richting is daarbij Europa. Het Europees Sociaal Model verdient meer en kan beter. Maar het referentiekader van de Internationale Arbeidsorganisatie kan evenmin genegeerd worden. In vier cruciale documenten (218) maakte de Internationale Arbeidsorganisatie telkens opnieuw in constitutionele ambities duidelijk op welke twee beginselen zij is gegrondvest: de idee dat arbeid geen koopwaar is en de bevordering van de sociale rechtvaardigheid.

Kortom, het arbeidsrecht heeft morgen nog een belangrijke job. Daarom kunnen we verwijzen naar de woorden van BLANPAIN: "Laten we de uitdaging formeel opnemen: we weten immers dat we op het juiste spoor zitten van met name eerbied voor fundamentele mensenrechten, de sociale inbegrepen" (219). In deze gedachte stappen we graag mee, op weg naar een nieuwe tijd en een betere samenleving, met gevoel voor visie en durf, maar tevens met waardigheid voor de mens en sociale rechtvaardigheid in de wereld.

(217) F. HENDRICKX en M. VAN PUTTEN, "Het arbeidsrecht en sociale bescherming: hoe groot is de cirkel?" in *Sociale zekerheden in vraagvorm, Liber Amicorum Jef Van Langendonck*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 111-127.

(218) In 1919 (Verdrag van Versailles), in 1944 (Verklaring van Philadelphia), in 1998 (verklaring betreffende de fundamentele principes en rechten op het werk), in 2008 (Verklaring betreffende de sociale rechtvaardigheid voor een billijke mondialisering).

(219) R. BLANPAIN, *Heb ik morgen nog een job? Elementen voor het nieuw sociaal pakt*, Leuven, Peeters, 1993, 69.